FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

LE CONCUBINAGE

devant

LA LOI ET LA JURISPRUDENCE MODERNES

THÈSE

POUR LE DOCTORAT (*SCIENCES JURIDIQUES*)

PAR

René LANDRE

Lauréat de la Faculté

Soutenance de Thèse le vendredi 13 Mai 1921 à 17 heures.

M. GÉNY, *Doyen*, Président.

MM. KROELL, *Agrégé*, HENRY, *Agrégé*, Suffragants.

BESANÇON
IMPRIMERIE BISONTINE

1921

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547215_0043

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

LE CONCUBINAGE

devant

LA LOI ET LA JURISPRUDENCE MODERNES

THÈSE

POUR LE DOCTORAT (*SCIENCES JURIDIQUES*)

PAR

René LANDRE

Lauréat de la Faculté

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Soutenance de Thèse le vendredi 13 Mai 1921 à 17 heures.

M. GÉNY, *Doyen*, Président.

MM. KROELL, *Agrégé*, HENRY, *Agrégé*, } Suffragants.

BESANÇON
IMPRIMERIE BISONTINE

1921

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. GÉNY (✠ I).

Doyen et professeur honoraire : M. BINET (✠, ✠ I).

Professeurs honoraires : MM. MAY (✠, ✠ I) et GARNIER (✠ I).

MM. CHRÉTIEN (✠ I). professeur de Droit international public et privé.

GÉNY (✠ I). professeur de Droit civil.

MICHON (✠ I), professeur de Droit romain.

BROCARD (✠ I), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques.

SENN (✠ I), Croix de guerre, professeur de Droit romain.

MOREL (✠ A), professeur de Droit civil.

RENARD (✠ I), agrégé chargé des cours de Droit administratif et d'éléments de Droit public (capacité).

HENRY, agrégé chargé des cours de Procédure civile de Droit criminel,

LAVERGNE, agrégé chargé des cours d'Économie politique (1re année) et de la Législation financière.

KRŒLL, agrégé chargé des cours d'Histoire du Droit (1re année) et d'Histoire du Droit français (doctorat).

SOLUS, Croix de guerre, agrégé chargé des cours de droit commercial. (Licence) et de droit civil (capacité).

SIMONNET (✠ I). docteur en Droit, chargé des cours de Droit civil (1re année) et de Droit civil (capacité).

LALONEL (✠ I), docteur en Droit, chargé des cours de Droit constitutionnel (1re année) et droit public (doctorat).

MELIN (✠ I), docteur en Droit, chargé des cours de Science sociale.

BERTRAND (✠ I), Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

Bibliographie Générale

Peytel. — *L'union libre devant la loi*, thèse, Paris, 1904.

Boyer. — *Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, thèse, Nîmes, 1908.

Leroy. — *Le concubinage dans le droit actuel français*, thèse, Lille, 1909.

Duruflé. — *Donations entre concubins*, thèse, Paris, 1909.

Du Regard de Villeneuve. — *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, thèse, Lyon 1910-11.

Jacquinot. — *Filiation naturelle en droit intermédiaire*, thèse, Paris, 1913.

Fuzier-Herman. — *Répertoire*, V° *Concubinage*.

Dalloz. — *Nouveau Répertoire pratique*,. V^cs *Filiation naturelle, Dispositions entre vifs et testamentaires.*

Nouveau Code civil annoté, spécialement art. 1382, n° 295 *et suivants.*

Merlin. — *Répertoire universel*, Paris, 1812.

Recueil alphabétique, Paris, 1820.

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil.*

Colin et Capitant. — *Cours élémentaire de droit civil.*

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 4 et 5^me éd.

Baudry-Lacantinerie et Colin. — *Des donations.*

Lévy. — *Traité pratique de la légitimation.*

Wahl. — *La recherche de la paternité naturelle*, d'après la loi du 16 Novembre 1912. (*Revue trimestrielle de droit civil*, année 1913).

Lambert, — « *Le mariage de demain* ». *Examen du* « *Comité de la réforme du mariage*», Besançon 1909.

Lefebvre. — *La famille en France dans le droit et dans les mœurs*, Paris 1920.

Bureau. — *L'indiscipline des mœurs.* Paris 1920.

Recueils de jurisprudence de Dalloz, Sirey, des Pandectes françaises, de la Gazette des Tribunaux, de la Gazette du Palais.

INTRODUCTION

La terrible guerre qu'a subie notre pays n'a pas seulement fauché ses enfants dans une gigantesque hécatombe, et amoncelé les ruines en des champs immenses sur son sol bouleversé. Elle a porté à son comble « la crise morale des temps nouveaux » signalée au début du siècle, déjà, par un éminent et courageux sociologue (1).

Il ne saurait faire de doute pour quiconque réfléchit à la gravité des problèmes de l'heure présente, qu'à côté de la reconstruction matérielle de la France, une réformation morale, peut-être plus longue et plus difficile encore, s'impose absolument, si l'on veut que notre patrie non seulement continue à rayonner dans le monde, mais simplement vive.

L'on commence à se rendre compte, en effet, même dans une certaine partie du public, qu'il est nécessaire de remettre à leur juste place, c'est-à-dire la première, les principes de morale volontairement écartés, afin de pouvoir solutionner les questions économiques et sociales, et en particulier pour remédier à la crise de dépopulation, qui menace la France d'une mort par consomption inévitable si l'on ne parvient pas rapidement à enrayer le mal.

Aussi, voyons-nous aujourd'hui, tous les bons citoyens justement préoccupés de consolider la famille, cette « cellule sociale », et de la protéger contre le flot montant de l'immoralité, contre la redoutable coalition des égoïsmes mesquins, des individualismes anarchiques, des appétits lubriques.

Parmi les manifestations de l'indiscipline des mœurs qui caractérise notre société moderne, et constitue pour elle un péril si grave, il en est une qui ne peut échapper aux yeux de l'observateur : c'est le développement des unions illégitimes.

Sans doute, nous n'ignorons pas que les mariages légaux n'offrent pas toujours de parfaits exemples de vertu ; l'on y voit trop souvent les conjoints appliquer intégralement les principes funestes et criminels du néo-malthusianisme, qui conduisent notre race au suicide. Il n'en est pas moins vrai que la multiplication des liaisons irrégulières constitue un danger particulièrement grave pour la société.

Nous nous proposons donc, dans cette introduction, de montrer tout d'abord la gravité du mal ; puis, nous en préciserons les conséquences néfastes et nous dégagerons le caractère anti-social du concubinage. Et, l'envisageant ensuite comme un fait juridique, nous essayerons de démontrer qu'en raison de ce caractère il constitue un fait non seulement immoral, mais illicite, car c'est ce principe qui nous guidera au cours de cette étude.

(1) Paul Bureau. — La crise morale des temps nouveaux. — Paris 1907.

L'on peut se faire une idée approximative du nombre des unions illégitimes en considérant celui des naissances d'enfants naturels ; encore faut-il tenir compte de ce que les unions irrégulières sont essentiellement infécondes ; l'on reste ainsi en dessous de la vérité.

Nous croyons utile, à ce sujet, de présenter le tableau suivant, dressé par nous d'après les chiffres de la «Statistique sanitaire de la France » de 1920, et qui donne la proportion des naissances d'enfants naturels par rapport au chiffre total des naissances.

La colonne P donne les chiffres pour Paris — A pour les villes de 100.000 à 550.000 habitants — B de 30.000 à 100.000 — C de 20.000 à 30.000 — D de 10.000 à 20.000 — E de 5.000 à 10.000 :

	P	A	B	C	D	E
1887-90	26,7 %	17,4 %	14,2 %	12,5 %	9,8 %	
1896-1900	27	19	14,9	12,5	10,7	7,2 %
1913	24,1	18	14	12,5		
1914	24,5	17,7	14,6	12,9		
1915	27,8	20,3	18,4			
1916	30,7	22,7	20,3			

L'on peut remarquer l'augmentation croissante des pourcentages au fur et à mesure que le chiffre de la population des villes croît. On ne peut guère douter, d'autre part, de l'influence démoralisatrice de la guerre, quand on voit la progression sensible qui correspond aux années 1915 et 1916. Il est regrettable que la Statistique de 1920 n'indique rien pour les années suivantes. Toutefois, nous pouvons citer, à titre d'exemple, des chiffres plus complets pour la ville de Besançon (catégorie B) :

1891	1900	1913	1914	1915	1916	1917	1918	1919	1920
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
19,9 %	18,6	18,8	17	22,1	24,8	24	24	25,5	18,6

La diminution du pourcentage constatée en 1920 n'est pas due à la diminution du nombre des naissances illégitimes (208 au lieu de 197 en 1919, 201 en 1918), mais à l'augmentation considérable du nombre des naissances légitimes (910 au lieu de 574 en 1919).

Depuis assez longtemps, d'ailleurs, on a signalé le mal :

« Les hommes qui suivent attentivement l'évolution moderne de nos « mœurs, dit M. Bureau, savent que depuis quinze années, on rencontre « de plus en plus fréquemment à Paris, dans les grandes villes ou les cen- « tres industriels, le cas que voici : une jeune femme, modiste, couturière, « dactylographe, employée de magasin, de banque, étudiante, etc... d'une « certaine culture, de réputation honorable, habituée à une bonne tenue « sociale, renommée, le plus souvent, parmi ses camarades pour son « habileté professionnelle, jouissant par l'exercice de sa profession

« ou la possession d'un petit patrimoine, d'une certaine indépendance, « décide un jour de se mettre en ménage avec un jeune homme. Point de « mariage, non parce qu'il est entendu qu'on n'aura pas d'enfants — « cette clause ne serait pas une raison pour détourner du mariage ... — « mais parce qu'il est convenu que chaque associé conserve l'entière « liberté de mettre fin à l'association à l'instant où « l'ami » aura cessé « de lui plaire... ; établissement pur et simple de la vie commune, comme « un simple fait, n'impliquant à chaque moment aucun engagement pour « l'instant qui le suivra. D'aucun côté, on ne relèverait la moindre en- « treprise de dol, de tromperie, de séduction... Point de prostitution « non plus... (*L'Indiscipline des mœurs*, p. 106). »

M. Bureau fait observer que ce genre d'unions, après avoir conquis les couches supérieures, ne cesse de s'étendre, et il conclut : « que la société « périrait à brève échéance au milieu d'indescriptibles souffrances de toute « nature, si le nombre de ces amitiés devait s'accroître au détriment « des véritables mariages...»

« Il s'est vu même, dit par ailleurs M. Lefebvre, quelques doctrinaires « qui, par esprit de système et comme pour donner un singulier exemple « d'émancipation sociale, ont voulu, jusque dans leur famille et par leurs « enfants, commencer à enseigner l'union libre, y présider même pour la « propager (1)... Il s'est fait une philosophie nouvelle, ornée de poésie « anarchique, pour vanter l'union libre comme étant la seule union des « âmes et des cœurs... Et ceux-là ont prétendu qu'ils préparaient ainsi « le vrai mariage idéal et stable de l'avenir ; tandis que d'autres, au con- « traire, et bien plus proches des réalités dans l'Ecole de Fourier, ont « prôné l'union libre au nom de cette tendance humaine qu'ils ont appelée « la *papillone*, pour justifier ainsi sous le nom de liberté individuelle ce « qui pourrait n'être que caprice et fantaisie. Tout cela n'est au fond « que doctrines anti-sociales, malheureusement trop réalisées dans les « faits. (*La famille en France dans le droit et dans les mœurs*, p. 188). »

Il ne faut donc pas s'étonner d'avoir vu tel conseil de prud'hommes refuser de valider comme contraire « aux principes les plus sacrés de la liberté individuelle » la clause du règlement d'atelier d'une société de charbonnages qui refusait des allocations de combustibles pour leurs familles aux ouvriers vivant en concubinage. Cassant ce jugement, la Cour de Cassation a déclaré que cette clause n'était pas contraire à l'ordre public. Il y a certainement un indice caractéristique de l'aberration des consciences contemporaines dans ce fait qu'une vérité aussi élémentaire ait dû être proclamée par la Cour suprême (Cass. 18 nov. 1913. S. 1914. 1. 253).

N'a-t-on pas vu, aussi, et tout récemment, un Français proposer sérieusement l'institution de ce qu'on pourrait appeler le « concubinat de

(1) M. Lefebvre fait sans doute allusion à Elisée Reclus, qui maria lui-même ses enfants.

première classe » ? Cette idée fut émise dans une lettre publiée à propos de la « Repopulation industrielle», dans l' « *Union économique de l'Est* » :

« Il faut reconnaître, y lit-on, et il ne faut pas regretter l'impossibi-
« lité en France d'établir la polygamie. Il semble plus sage, plus réali-
« sable, plus conforme à notre sensibilité, de se borner à réhabiliter et
« à secourir la maternité hors mariage. Alors un million de jeunes filles
« et de jeunes veuves pourront sans rougir ni tomber dans la misère,
« remplir leur fonction sacrée : on aura à la fois résolu un problème es-
« sentiel de morale sociale et réalisé ce qui peut le mieux relever la nata-
« lité française... (Cité par M. Reverdy, dans le journal *La Libre Parole*
« du 24 octobre 1918). »

M. Reverdy répond très justement :

« Indépendamment de la morale, de l'amour conjugal, de l'intérêt et
« de l'éducation de l'enfant, de la maîtrise de l'esprit sur la chair, de la
« stabilité et du progrès des familles, de l'honneur et de la liberté même
« de la femme, qui postulent l'union monogame, à qui fera-t-on croire
« que l'amour illégitime est prolifique ? Toutes les statistiques sont là
« pour démontrer que le mariage seul est fécond,... »

Et M. H. Berthélemy nous a dit pourquoi l'union illégitime est inféconde :

« Parmi les causes multiples de cette cause immédiate : le refus d'être
« mères, s'il en est une qui devrait éclater aux yeux de tous les patriotes,
« les indigner et leur suggérer des résolutions nécessaires : c'est le déve-
« loppement croissant des *unions libres* facilitées par la complaisance un
« peu niaise des bourgeois... »

« Certes, je ne demande pas qu'on s'indigne à la pensée que d'honnêtes
« gens, libres de leurs actes, peuvent se mettre en ménage sans passer
« par la mairie. La formalité est pourtant bien simple. Elle n'est plus
« compromettante, puisque les « chaînes du mariage » sont devenues des
« cordelettes... »

« Les progrès de l'union libre sont au rebours du progrès, non parce
« qu'elle est immorale, mais parce qu'elle est inféconde. La « compagne »
« est libre ; mais elle sait que l' « ami » n'est pas moins libre qu'elle, et
« que l'abandon la menace. La grossesse d'abord, puis la maternité,
« puis les soins à l'enfant, puis la dépense, vont mettre l' « ami » en fuite.
« Et la compagne avorte..., c'est si vite fait !... »

« Et c'est par là que s'en va le peuple à qui l'humanité est redevable
« des plus nobles exemples qu'on puisse enseigner aux petits enfants ».
(*Bulletin de la ligue* « Pour la Vie», mars, avril 1918).

M. Isaac a très bien fait remarquer, également, que «... l'amour libre
« n'a pour lui que la satisfaction de la passion ; la naissance des enfants
« n'y est qu'une gêne. Ceux qui s'y adonnent ne les acceptent qu'en mau-
« gréant. Jusqu'à présent, le désir d'être père ou mère n'a été pour rien
« dans ses motifs : si l'on recherche des exemples contraires, je défie que

« l'on en trouve un sur dix mille. Est-il à présumer que la guerre aura « transformé cet état de choses ?... » (lettre adressée au Président de la Chambre de commerce de Nancy, citée par Reverdy).

Allant plus loin que M. Barthélemy, nous déclarerons que le concubinage est immoral, et nous y verrons désormais un véritable délit social. A ce titre, il est du plus grand intérêt de rechercher comment nous devons le considérer en droit français.

Nous insistons sur ce terme « concubinage », que nous employons avec Merlin (1) — sans toutefois le restreindre aux « personæ solutæ » — à l'exclusion des vocables fallacieux et plus ou moins séduisants tels qu' « union libre », « compagnonnage », « association amicale »...

Le mot « concubinage » est le seul qui convienne en droit, le seul qui apparaisse parfois dans nos lois. Par la crudité même de son sens étymologique, il rappelle l'immoralité foncière qui est à sa base, et qu'on voudrait volontiers nous cacher aujourd'hui.

Nous croyons donc qu'une législation soucieuse de l'intérêt social doit se montrer hostile envers le concubinage. Mais avant de préciser sur quels principes cette hostilité sera fondée et sous quelles formes elle se manifestera, il nous faut résoudre une question préjudicielle.

Certains vont peut-être, en effet, nous objecter que nous violons le principe de séparation des pouvoirs régissant l'application des règles morales et juridiques ; il est impossible, nous dira-t-on, d'assujettir les hommes à être vertueux, de par l'autorité de la règle de droit.

Nous n'avons pas l'intention de résoudre ici le complexe et vaste problème des rapports entre le droit et la morale ; mais, faisant appel au simple bon sens, nous répondrons qu'il est peut-être possible de concevoir une partie de la législation comme n'étant pas inspirée directement par les règles morales : par exemple ce qu'on pourrait désigner sous le nom générique de lois de police et d'hygiène.

Toutefois, il en est autrement de ces lois qui ont pour but d'assurer l'organisation et la protection de la famille, c'est-à-dire en dernière analyse la perpétuation même de la société. Celle-ci est subordonnée à l'observation de quelques lois morales fondamentales, principalement de celles qui régissent les relations sexuelles.

Si la loi civile n'a pas pour but de poser ces règles morales, elle doit cependant s'y adapter et en faciliter l'observation. Il faut admettre, à notre sens, que toute loi « amorale » ne se distingue pas, en cette manière d'une loi « immorale », et entraîne les mêmes conséquences néfastes.

L'on peut donc, dans une certaine mesure, renverser la célèbre maxime : « *Quid leges sine moribus* ? » et dire aussi : « *Quid mores sine legibus* ?» En d'autres termes, il est certain que l'acte moral sera toujours méritoire, et par conséquent exigera des efforts et une contrainte sur soi-même, parfois des sacrifices ; cependant, le législateur doit éviter autant

(1) «... Parmi nous, le concubinage est le nom qu'on donne au commerce charnel d'un homme et d'une femme libres, c'est-à-dire qui ne sont pas mariés. » (Répertoire, T. 2, p. 721).

qu'il est en son pouvoir, de donner des primes aux situations immorales ; dans tous les cas il ne peut oublier qu'il ne légifère pas pour une seule élite morale, il doit éviter de multiplier les occasions où les hommes sont placés entre leurs devoirs et leurs intérêts ; elles ne sont que trop nombreuses par la nature même des choses, et l'on sait, hélas ! dans quel sens, trop souvent, la masse se décide.

Revenons maintenant au droit français et inspirons-nous de ses principes :

M. Planiol précise ainsi le caractère immoral du concubinage :

« Devant la conscience, les concubins ont les mêmes devoirs que les « époux ; toute union d'un homme et d'une femme engendre les mêmes « obligations, parce qu'elle peut donner naissance à un enfant et fonder « en fait une famille. La différence est que les époux reconnaissent ces « obligations et s'engagent à les remplir, tandis que les concubins ne s'y « astreignent pas et se réservent la possibilité de s'y soustraire. Ce qui « fait que le concubinage est immoral, ce n'est pas une simple omission, « l'absence de formes initiales, c'est que grâce à cette irrégularité, les « concubins conservent leur liberté et enlèvent au pouvoir social tout « moyen de contrainte. Or, la société a un intérêt suprême à la durée « des unions qui créent les familles. (I. 697). »

En examinant la question à fond, on peut considérer le concubinage comme fautif à plusieurs points de vue. On y relève en effet :

1° Une faute personnelle, puisque les unions illégitimes, quelle que soit leur durée permettent l'assouvissement des désirs les plus grossiers dans un but égoïste, alors que la fin normale de l'activité des fonctions sexuelles est la procréation des enfants réalisée dans le mariage. De cette première faute, découlent les suivantes :

2° Une faute envers l'autre partie, à qui l'occasion est donnée de commettre cette faute que nous venons d'analyser, et dont l'honneur, parfois la santé, sont lésés ; mais observons dès maintenant qu'il pourra y avoir faute commune ; ce cas tend même à se généraliser aujourd'hui ;

3° Une faute envers les enfants qui peuvent naître des relations entre les concubins, car on peut considérer comme inhérent à la personnalité humaine le droit qu'ils ont d'être mis au monde et élevés dans les conditions normales qu'assure la vie de famille.

4° Une faute envers la société ; la formation de chaque union illégitime constitue un coup de pioche dans les fondements de l'édifice social, et lèse l'ensemble des familles légitimes en raison de son exemplarité désastreuse.

Cependant, M. Planiol déclare que le concubinage, pur fait restant entièrement en dehors du droit, est licite.

M. Lefebvre n'est pas de cet avis, et dit en parlant des concubins :

« Leur liaison n'est qu'un pur fait qui ne produit de lui-même aucun « effet civil. Mais, de plus c'est un fait considéré comme contraire aux « bonnes mœurs, au bon ordre social, et *que nous pouvons appeler illicite*,

« quoique non délictueux. La loi ne l'a pas dit expressément, mais cela « résulte à l'évidence de toute notre tradition française et de notre sys- « tème d'institution du mariage. Oui, « contraire aux bonnes mœurs », « suivant l'expression répétée parfois au Code (art. 6 et 1.133), comme « principe de diverses nullités juridiques. Or, de cette donnée d'union « immorale vont surgir des obstacles à ce que le concubinage puisse avoir « certains effets, qu'on chercherait à lui faire produire en lui adjoignant « des conventions ou actes juridiques auxquels des amants pourraient « songer, comme rentrant dans les facultés ou libertés de droit commun... « (Op. cit. P. 189). »

Nous partageons pleinement cette manière de voir, et particulièrement, nous nous refusons à reconnaître qu'un « contrat d'union libre » puisse être licite. C'est cependant ce qu'a essayé de démontrer M. Boyer (P.C. P. 25 et suiv.), et il s'inspire de cette idée dans tout son ouvrage.

Cet auteur invoque comme arguments les principes de liberté et de formation consensuelle consacrés par notre droit des contrats, et il passe rapidement sur la question de l'objet illicite du concubinage :

« ... Le corps humain n'est pas dans le commerce, et le fait de pro- « mettre, de nouer des relations illicites est la promesse d'un fait illicite. « Aussi devra-t-on décider que lorsque les pseudo-conjoints ont eu princi- « palement en vue les relations charnelles, le contrat d'union libre ne « peut pas se faire faute d'objet.

« Mais tel n'est pas ordinairement le cas. Les pseudo-conjoints auront « principalement pour but et donneront pour objet à leur contrat d'union « libre la création d'un foyer domestique. C'est pour avoir une bonne « ménagère auprès de lui, qui s'occupera de son linge, de ses vêtements, « qui préparera ses repas journaliers, qui sera aussi la confidente de ses « peines, à qui il pourra confier ses espérances et faire partager ses joies « que l'ouvrier « prendra femme ». Elle, c'est pour ne pas rester seule « dans la vie, pour avoir un protecteur, un ami, et aussi pour obéir à cet « instinct qui pousse la jeune femme à créer un foyer, à former une fa- « mille...»

Ce tableau presque idyllique ne nous apparaît pas comme bien exact, et il y a lieu de tenir compte dans une bien plus large mesure que ne le fait M. Boyer de la satisfaction donnée dans le concubinage aux désirs sexuels.

Nous avons vu, par ailleurs, qu'en général les concubins se souciaient fort peu de fonder une famille. Il serait donc facile de démontrer que les affirmations de M. Boyer sont empreintes d'un optimisme et d'une générosité excessifs.

Mais la question n'est pas là. Peu importe que l'union que les concubins veulent contracter n'ait pas pour but principal l'assouvissement de leurs appétits charnels. Il suffit de constater que la vie commune qui s'établit entre eux rend possibles les relations sexuelles, et même le plus souvent, les présuppose.

Or, la loi morale ne permet pas que ces relations se nouent en dehors des liens du mariage : toute entreprise qui y contrevient est nécessairement immorale, sans qu'il y ait lieu de la considérer au point de vue subjectif.

Qu'on n'invoque pas non plus pour justifier ce « contrat d'union libre » le désir de fonder une famille ; à supposer même qu'il se manifeste, nous ne pouvons cependant considérer les deux parties seules, et apprécier la pureté de leurs intentions en faisant abstraction du milieu social.

L'homme est un être social, et doit respecter les lois qui servent de base à la société. A ce sujet, le raisonnement et les enseignements *vécus* de la sociologie nous montrent que le seul fondement solide de la famille, donc aussi de la société, est le mariage monogamique, et notre législation positive consacre ce principe.

A ce point de vue encore, nous concluons que le contrat envisagé ne peut avoir qu'un objet illicite, quelles que soient les raisons d'agir des contractants.

Nous lisons dans ce sens sous la plume de M. Lefebvre : « ... Il va de « de soi que les concubins n'entrent pas *de plano* dans quelque état juri- « dique de demi-mariage, à l'image de ceux dont l'union vient d'être « prononcée au nom de la loi. Mais pourraient-ils se placer d'eux-mêmes « dans quelque engagement semblable, par convention formelle et « bilatérale où ils prétendraient régler le sort de leurs personnes et de « leurs biens pour une durée déterminée ou indéfinie et qui ferait comme « une charte ou un statut de leur union libre ; pacte écrit au besoin, par « devant notaire, s'il s'en rencontrait un qui voulût s'y prêter ? Non ! « Ce serait-là une convention nulle, de nullité absolue. La loi ne l'a point « prévue pour l'interdire expressément, mais nous la dirons *nulle, comme « contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.* Il n'y a pas de doute sur « ce point... » (Op. cit. P. 190).

Après cette mise au point, nous pouvons maintenant chercher à dégager dans ses grandes lignes l'attitude du législateur vis-à-vis du concubinage, telle que nous la concevons, ce qui nous permettra en même temps de faire connaître le plan de notre étude. Nous avons dit que cette attitude devait être hostile, mais nous entendons intelligemment hostile. Spécialement, nous ne croyons pas que la tactique du silence soit heureuse en cette matière ; on peut soupçonner alors une certaine dose de pharisaïsme de la part de ceux qui l'adoptent ; en fait, le concubinage s'en trouve presque toujours avantagé.

Comme toujours, il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réprimer. A cet égard, il faut évidemment réglementer l'institution du mariage de manière à ce que les conditions de fond et de forme n'en soient pas trop rigoureuses, et ne fournissent ainsi une excuse facile ou même un empêchement pour ceux qui ont formé une liaison illégitime.

Nous ne croyons donc pas déborder du cadre de notre étude, tel qu'il est déterminé par son intitulé, en consacrant des développements assez étendus à la simplification du mariage. Les questions du mariage et du

concubinage sont en effet intimement liées ; on peut dire que ce sont les deux faces d'un même problème, et l'un des plus difficile que dans tous les temps et dans tous les pays, le législateur ait eu à résoudre : celui de la réglementation de l'union des sexes.

Mais une fois l'union illicite formée, l'on doit chercher à la combattre. Il faut empêcher tout d'abord la réalisation des avantages pécuniaires par lesquels les concubins pourraient s'encourager au vice. D'autre part, dans certains cas le fait illicite que constitue le concubinage devient dommageable pour l'une des parties, et constitue un delit ou quasi - délit donnant lieu à dommages-intérêts.

Quand un enfant naît des relations coupables, des problèmes très complexes se posent ; il faut savoir comment on lui permettra de rechercher sa filiation, et, celle-ci une fois établie, quels droits en découleront à son profit. Si les recherches sont trop faciles, des scandales seront provoqués ; les rendre trop difficiles aboutit à procurer l'impunité aux débauchés, et la juste mesure est singulièrement difficile à atteindre.

Par ailleurs, si l'on reconnaît aux enfants naturels des droits trop étendus, les unions légitimes se trouvent désavantagées. Si ces droits sont trop réduits, la restriction entraîne des résultats barbares. Mais dans cette question, il faut le dire dès maintenant, l'intérêt de la société entre en ligne de compte, et doit l'emporter sur les tendances individualistes.

Ce serait, en effet, s'inspirer d'une sensiblerie et d'un humanitarisme néfastes que de vouloir assimiler les batards aux enfants nés « *ex justis nuptiis* »; et ce serait en même temps poursuivre une œuvre vaine : au point de vue non seulement légal, mais encore moral et physiologique, il est dans l'ordre que les enfants subissent les effets des fautes ou des tares de leurs auteurs. Si cette loi naturelle nous choque et dépasse notre raison, nous sommes bien forcés cependant d'en tenir compte ; en particulier, il nous faut reconnaître que la loi ne peut se donner pour mission d'effacer et de réparer les fautes des concubins.

La dure parole de Montesquieu reste donc vraie : « Il a fallu flétrir le concubinage, il fallait flétrir les enfants qui en étaient nés ». (1).

Les états de fait résultant du concubinage devront aussi retenir notre attention. C'est ainsi que nous serons amenés à étudier la question des empêchements au mariage résultant de la parenté ou de l'alliance naturelle, ainsi que celle du mandat tacite entre concubins, et à rechercher si la jurisprudence a remédié au silence de la loi, dont les conséquences sont parfois choquantes.

Après avoir, de cette façon, examiné le rôle préventif et répressif de la loi, nous verrons encore son rôle réparateur tel qu'il s'exerce dans l'institution de la légitimation, l'une des plus humaines et des plus fécondes que nous aient léguées le droit canonique. Mais ici encore, nous verrons qu'il ne faut pas s'inspirer aveuglément, dans la loi, des sentiments philanthropiques.

Nous terminerons par un exposé succinct de la législation de guerre.

(1) Cité par Lefebvre (op. cit. p. 34).

CHAPITRE I

La Simplification du Mariage

La loi doit favoriser la formation des unions légitimes. Il faut donc éviter tout d'abord de faire du mariage une institution à laquelle on ne puisse accéder qu'à des conditions trop difficiles, et en accomplissant des formalités trop compliquées. Nous rechercherons donc dans ce chapitre dans quelle mesure le législateur moderne a, dans notre pays, satisfait à cette nécessité sociale.

D'autre part, depuis quelques années, l'attention a été attirée sur les seconds mariages et les incapacités qui y étaient attachées. Bien que la question soit moins importante que la précédente, il convient cependant de la traiter, pour être complet, et nous l'étudierons sommairement dans le chapitre suivant.

LOI DU 18 DECEMBRE 1850 (D. 1851. 4. 9.).

Dès le début du XIX^e^ siècle, le législateur français s'est rendu compte que le mariage, tel qu'il était organisé par le Code civil et les lois fiscales en vigueur, apparaissait aux yeux des gens peu fortunés comme une institution compliquée et coûteuse. Aussi des lois du 15 mai 1818 et du 3 juillet 1846 vinrent-elles en diminuer les frais ; mais ces lois, de caractère purement fiscal, furent jugées insuffisantes: on voulut, en outre, apporter aux misereux une assistance morale.

Une proposition de M. Bouhier de l'Ecluse aboutit au vote de la loi des 10-18 décembre 1850 « ayant pour objet de faciliter le mariage des indigents ».

Dans son rapport, M. Limairac rendit hommage à l'œuvre des sociétés de St-François Régis, qu'on voulut d'abord associer officiellement à l'autorité ; mais on y renonça pour sauvegarder l'indépendance de ces sociétés, et peut-être aussi en raison de leur insuffisance. La mission des autorités officielles parut donc s'imposer, et voici en quels termes le rapporteur la justifiait :

« Les formalités du mariage civil, considérées dans leur sens moral, « offrent aux contractants les garanties réciproques de leur capacité, « de leur liberté, de leur respect pour la puissance paternelle. Sous ce « rapport, elles protègent également les citoyens, le riche comme le pau- « vre ; pour l'un comme pour l'autre elles sont sacrées. Considérées dans « leur exécution matérielle, elles deviennent pour le pauvre une source « d'embarras et quelquefois de désordre qui le constituent dans un état « d'infériorité qui n'est pas juste.

« ... S'il existe des pauvres dont la misère ne permet aucune dépense,

« ils sont plus nombreux ceux qui consentent à de légers déboursés sous « la condition d'éviter les pertes de temps, les démarches inutiles, les « rebuts devant lesquels échoue le plus souvent la meilleure volonté. « Epargner ce genre de supplice aux indigents, tel est l'objet de la pro- « position... »

Ces déclarations peuvent paraître un peu emphatiques ; ils ne faut pas oublier, toutefois, qu'elles remontent à l'époque du paupérisme. Malgré l'amélioration de la situation des classes laborieuses, elles n'avaient pas tout perdu de leur actualité au début de ce siècle.

La loi de 1850 (complétée plus tard par celle du 20 juin 1896) charge donc l'officier d'état-civil du lieu où les futurs veulent se marier de réunir les pièces nécessaires lorsqu'ils justifient de leur indigence ; il peut les réclamer par l'intermédiaire du procureur de la République ; la taxe d'expédition des actes de l'état-civil est réduite ; les pièces sont visées pour timbre et enregistrées gratis. Les époux n'ont à supporter ni droits de greffe, ni frais d'officiers ministériels.

Cette loi ne constituait qu'un premier pas dans la voie de la réforme du mariage. Dès la fin du XIX^e^ siècle, plusieurs lois devaient venir modifier profondément . non seulement les formalités, mais encore les conditions intrinsèques du mariage tel que les auteurs du Code l'avaient conçu et règlementé.

Nous allons étudier ces lois dans l'ordre chronologique ; l'examen des travaux préparatoires nous montrera qu'en les élaborant, le législateur n'a cessé de manifester qu'il se préoccupait de prévenir la formation des unions illicites.

LOI DU 20 JUIN 1896 . (D. 1896. 4. 57).

Dès cette époque, en effet, le mal est apparu comme grandissant dans des proportions inquiétantes. M. Le Roy disait, à ce sujet, dans l'exposé des motifs de sa proposition à la Chambre :

« Tous les économistes et les moralistes, à quelque école qu'ils appar- « tiennent, sont d'accord pour dénoncer comme un péril social les progrès « incessants du concubinage... Beaucoup de ces concubinages sont le « résultat involontaire, mais indéniable, des formalités compliquées dont « le Code civil entoure le mariage. Dans bien des cas qui n'ont rien d'anor- « mal, le nombre des démarches et d'actes que ce contrat nécessite, sans « parler des frais, est tel, qu'il finit par lasser la patience des futurs « époux. Ceux-ci se résignent à une cohabitation qui, dans leur pensée, « doit être plus tard régularisée, mais qui, en fait, n'est que trop souvent « brisée par l'abandon...»

De son côté, M. Ratier disait dans son rapport au Sénat :

« Votre commission est convaincue que les réformes qui vous sont « soumises répondent à un besoin réel et ne peuvent qu'avoir de très « heureuses conséquences. Le mariage, en effet, a une importance morale « et sociale si haute que le législateur ne saurait trop l'encourager et

« le faciliter. La simplification des formalités du mariage aura pour prin-
« cipal résultat de diminuer le nombre des unions irrégulières qui devien
« nent si fréquentes dans les grandes villes et dans certains milieux
« ouvriers. Plus il y a, en effet, de démarches à tenter, d'actes à se faire
« délivrer, de dépenses à faire, d'obstacles à vaincre, plus vite est exposée
« à se lasser la patience des futurs époux ; souvent il faut le constater,
« la complicité de nos formalités de mariage engendre ces cohabitations
« que les fiancés ont l'intention de sanctionner par un mariage mais qui
« ne se prolonge dans bien des cas que pour aboutir à un abandon défi-
« nitif. Dans presque tous les pays, moralistes, économistes, jurisconsultes, justement préoccupés de la question du concubinage et de celle de la dépopulation qui sont si intimement liées, ont réclamé la simplification des formalités du mariage... »

La loi de 1896 a donc modifié ainsi qu'il suit le Code civil :

1° Elle simplifie le consentement des ascendants au mariage (art. 73) ; il peut être donné, non seulement devant notaire, mais encore devant l'officier d'état-civil ou les agents diplomatiques.

2° Elle supprime deux sur trois des actes respectueux exigés par l'ancien art. 151, et permet de passer outre à la célébration du mariage un mois après la signification de l'acte respectueux.

3° Dans le nouvel art. 152, elle règle le cas de dissentiment entre les parents divorcés ou séparés de corps quant au consentement à donner au mariage de l'enfant.

4° Elle rend le mariage complètement libre à partir de l'âge de 30 ans (suppression de l'ancien art. 153).

5° Dans le nouvel art. 155, elle prévoit les cas de décès des père et mère, de décès ou d'absence des ascendants.

6° Enfin, elle rend impossible l'opposition aux jugements et arrêts rendus par défaut et rejetant une opposition au mariage (art. 179).

Signalons que dès l'époque de la confection de cette loi, M. Charles Ferry avait déposé un contre-projet d'après lequel la nécessité du consentement des père et mère disparaissait pour le fils âgé de 25 ans, la fille âgée de 21 ans. Ce contre-projet fut repoussé par la commission comme constituant « une grave atteinte portée au principe même de la famille, au respect, à la puissance de l'autorité paternelle qu'il faut plutôt fortifier qu'affaiblir. »

LOI DU 21 JUIN 1907. (D. 1907. 4. 73).

Cette loi ne se borne pas, comme les précédentes, à simplifier les formalités du mariage ou à en diminuer les frais. Elle touche sur plusieurs points aux principes fondamentaux du Code :

1° Dans sa disposition essentielle, elle fixe à 21 ans pour les garçons comme pour les filles l'âge requis pour contracter mariage sans le consentement des père et mère.

M. Déribéré-Desgardes, dans son rapport à la Chambre, justifiait ainsi la réforme :

« ... Il est permis de faire observer que dans la plupart des pays et « notamment dans ceux qui sont le plus voisins de nous, la majorité « pour le mariage est fixée à un âge moins élevé, et l'on comprendrait « difficilement que le fils de famille ne pût comme la fille, contracter « mariage à 21 ans. C'est l'âge où, d'après la loi, il jouit de la plénitude « de ses droits civils ; il est reconnu responsable de tous ses actes ; il « peut disposer de sa fortune..., il peut reconnaître légalement et sans le « consentement de ses parents un enfant né d'une union illicite, et il « aurait besoin de ce consentement jusqu'à 25 ans, pour légitimer ce « même enfant !

« Les statistiques établissent d'ailleurs, que sur la plupart des ma- « riages contractés grâce à l'intervention des sociétés créées pour faciliter « le mariage des indigents, la grande majorité des époux vivaient en con- « cubinage et avaient des enfants à légitimer. Beaucoup de ces situa- « tions auraient pu être évitées parce qu'un grand nombre d'entre elles « résultaient d'un défaut de consentement... »

2° Elle supprime la nécessité d'une seconde publication (art. 63), substitue l'affiche à la publication orale, régularisant ainsi la pratique antérieure ; elle met fin à l'obligation de publier le mariage un dimanche.

3° Elle supprime la nécessité d'une continuité d'habitation de six mois pour la constitution du domicile matrimonial (art. 74) ; une résidence d'un mois suffit.

4° Elle remplace la signification par acte respectueux de l'union projetée par une simple notification (art. 151).

5° Elle donne au tribunal civil une compétence éventuelle pour consentir au mariage, en cas de divorce ou séparation de corps des parents (art. 152).

6° Elle simplifie les formalités nécessaires en cas d'absence des père et mère ou ascendants (art. 155).

7° Elle permet au procureur de la République d'accorder des dispenses de publications pour des causes graves (art. 169).

LOI DU 10 MARS 1913. (D. 1913. 4. 27).

Cette loi complète la précédente. Notamment, elle met en harmonie le statut matrimonial des enfants naturels reconnus avec la loi de 1907, (art. 158). Le sénateur Catalogne a défendu ainsi, dans son rapport, la nouvelle réforme :

« ... Comprendrait-on en effet que le père, qui n'a pas la puissance « paternelle parce que tardivement il a reconnu son enfant, puisse s'op- « poser au mariage de ce dernier, que vraisemblablement élève et dirige « sa mère et qui cohabite avec elle. Au surplus, la situation matrimoniale « de cette catégorie d'enfants n'est pas seulement digne de votre sollici- « tude à ce seul point de vue, et c'est ici surtout que les préoccupations

« de l'intérêt national doivent hâter les solutions. Le nombre des enfants « illégitimes varie, nul de l'ignore, du quart au tiers des naissances « totales en France, et cette natalité hors de la famille légitime est une « raison impérieuse pour légiférer au sujet et en faveur de toute une caté- « gorie de Français marqués d'infériorité dès leur venue au monde. Su- « bordonner à la volonté du père le mariage de son enfant quand il est « agréable à la mère bénéficiant de l'autorité paternelle et qui, vraisem- « blablement, pourvoit à son entretien, à son éducation, n'est-ce pas « nuire à l'intérêt de l'enfant, le maintenir ou le pousser lui aussi dans « l'irrégularité, le détourner d'une volonté qu'il a manifestée de fonder « un foyer de moralité ou de légalité... »

D'autre part, dans l'art. 160, la loi de 1913 étend aux mineurs un système analogue à celui que prévoit l'art. 155 pour les majeurs en cas d'absence des père et mère ou d'ignorance de leur domicile. Les travaux préparatoires nous montrent encore sur ce point le législateur dominé par les mêmes préoccupations :

« ... Il n'est pas douteux — lisons-nous dans l'exposé des motifs de la « proposition Viollette — que dans les grands centres surtout, très consi- « dérable est le nombre des enfants abandonnés par leurs parents et re- « cueillis par des tiers sans qu'ils puissent arriver à soupçonner même « le domicile de leurs auteurs et de leurs aïeuls... Il est pourtant certain « qu'il est infiniment souhaitable de faciliter autant qu'il est possible « l'établissement de pauvres jeunes gens abandonnés et dont la destinée « précaire est à la merci du moindre incident... A vouloir créer trop d'obs- « tacles, le législateur pourra bien empêcher le mariage, mais il n'empêche- « ra pas les unions irrégulières... »

LOI DU 9 AOUT 1919. (D. 1919. 4. 275).

L'objet en est le même que celui de la loi de 1907.

« Notre but, a dit dans son rapport du 13 février le député Leredu, « est de provoquer, encourager, faciliter le mariage. Débarrasser l'acte « solennel le plus possible de toutes les formalités souvent inutiles qui « le gênent ou l'entravent, faire surtout que la jeunesse puisse aller fa- « cilement à l'union légitime, tel est notre désir. Nous répondons ainsi « à l'intérêt de la France, nous nous préoccupons de son avenir en face « d'un affaiblissement si marqué de la natalité et de la diminution « de notre population à la suite du grand cataclysme qui vient de bou- « leverser notre pays... »

Cependant, dans son rapport du 25 juin 1919, M. Leredu ajoutait :

« ... La loi que nous allons adopter sera, à n'en pas douter, une sim- « plification administrative, mais ne nous faisons aucune illusion : elle « n'influera que très peu sur le taux de la nuptialité, puisque l'ancien « alinéa de l'art. 151, C. civ. est maintenu. Cette loi constitue une troi- « sième étape, après les lois du 20 juin 1896 et du 21 juin 1907, vers le

« « mariage facile », le mariage débarrassé de toutes les entraves qui « en éloignent un certain nombre de personnes illettrées ou peu fortunées. « *Cette étape ne sera pas la dernière* et espérons que le nouveau Sénat « nous aidera dans un avenir prochain à compléter notre œuvre (1). »

Les modifications, très nombreuses, apportées au Code par la loi de 1919 sont les suivantes :

1° Elle supprime parmi les énonciations de la publication celles qui indiquaient les prénoms, noms, professions et domiciles des père et mère des futurs époux. En effet, l'indication de la filiation de ceux-ci pouvait être de nature à éloigner du mariage ceux qui n'ont été reconnus ni par leur père ni par leur mère ou ceux dont l'acte de naissance n'indique pas le nom de la mère (art. 63).

2° Il n'est plus nécessaire que deux dimanches soient compris dans le délai de publication (art. 64).

3° Les officiers de l'état-civil se transmettent directement les certificats de non-opposition : « Combien de démarches, de courses inutiles ainsi évitées aux fiancés ou à leur famille, sans surcroît de labeur pour les officiers publics, bénéficiant de la franchise postale et ainsi débarrassés de visites multiples et répétées... ? » (Rapport du sénateur Catalogne). (art. 69).

4° Le nombre des témoins est réduit à deux (art. 75). A l'appui de cette innovation, nous lisons dans la proposition de loi de M. Strauss, du 5 novembre 1912 :

« ... Cette nécessité de réunir quatre témoins était souvent une source « de difficultés pour les ouvriers ou les indigents, quelquefois sans pa- « rents ou sans amis, qui étaient contraints de recourir, moyennant rétri- « bution, à des témoins d'occasion ou de profession. »

5° La loi nouvelle simplifie les formalités nécessaires en cas de discordance dans les pièces produites quant aux noms et prénoms des futurs époux (art. 75).

6° En cas de notification respectueuse, le retard apporté à la célébration du mariage est réduit à quinze jours (art. 151) ; s'il s'agit d'un second mariage, l'exigence de la notification disparaît.

7° Le droit de faire opposition n'est plus accordé aux aïeuls et aïeules qu'à défaut de père et mère (art. 173) ; le nombre des oppositions qui peuvent être faites n'est plus illimité : « ... Si l'on s'en tenait — dit M. « Leredu dans son rapport du 6 mars 1918 - au paragraphe 1er de l'art. « 173, voici ce qui se produirait : le père formerait opposition au mariage « de son fils, le fils demanderait au tribunal mainlevée de l'opposition, « le tribunal lui accorderait cette mainlevée, le père ferait alors appel, « la Cour d'appel, à son tour, prononcerait la mainlevée de l'opposition ; « à ce moment-là, la mère pourra recommencer toute la procédure en

(1) Le Sénat avait, en effet, refusé de suivre M. Leredu, qui voulait abaisser à 25 ans l'âge jusqu'auquel la notification respectueuse est exigée.

« son nom, et le mariage serait ainsi indéfiniment retardé. La même « manœuvre pourrait se produire de la part d'un aïeul et d'une aïeule... »

L'examen de la nouvelle législation du mariage nous montre donc que le législateur a certainement aperçu le danger résultant du développement des unions illégitimes. Pour y parer, il a pris vraiment à cœur de simplifier le mariage et d'en faire une institution accessible à tous.

Quels en sont les résultats ?

MM. Colin et Capitant croient devoir attribuer à ces réformes dès 1903 l'augmentation du taux de la nuptialité : la moyenne des dix années antérieures à 1896 était de 281.000 ; celle des années 1897-1906 : 297.000 ; en 1908, les chiffres sont de 315.928, et dans les années suivantes, ils sont encore considérables : 309.389 en 1910, 311.929 en 1912 (I. P. 122).

Toutefois, M. Planiol explique ces faits, en partie tout au moins, par les progrès du divorce (I. 695).

Quoiqu'il en soit, actuellement le nombre des mariages s'est considérablement élevé du fait des circonstances exceptionnelles provoquées par la guerre, puisqu'au lieu de 247.880 unions célébrées en 1913 dans les soixante-dix-sept départements non envahis, on a eu dénombré 447.207 en 1919. (*J. O.* 18 août 1920).

Il convient donc d'attendre le retour aux conditions normales pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause.

Mais l'on peut se demander dès maintenant s'il ne convient pas d'aller plus loin dans la voie des réformes législatives.

En ce qui concerne le consentement des parents, on peut soutenir qu'après la loi de 1907, l'exigence des notifications eût dû disparaître ; cette institution tend à tomber en désuétude, et il faut s'attendre sans doute à la voir disparaître dans notre législation, qui reviendra ainsi au système du droit canonique en même temps qu'à celui du droit intermédiaire.

Mais il n'est pas désirable, à notre avis, de faire plus, et d'abaisser encore l'âge de la majorité matrimoniale :

« ... Le consentement des enfants eux-mêmes — lisons-nous dans « Colin et Capitant — peut avoir besoin d'être éclairé, lorsqu'ils se « marient jeunes, à l'âge de l'inexpérience et des entraînements. Le ma- « riage est un acte trop grave pour que sa conclusion requière unique- « ment la volonté des futurs époux qui peuvent être à peine arrivés à la « puberté (1) ; il est bon que leur choix soit guidé, contrôlé par l'assen- « timent de ceux dont la nature et la loi elle-même, au moins jusqu'à ce « qu'ils aient atteint l'âge de la majorité légale, a fait leurs conseillers « naturels ». (I. P. 127).

En ce qui concerne la publicité ou la solennité du mariage, il peut être dangereux aussi de faire de nouvelles simplifications. Tout au moins une extrême prudence s'impose à cet égard.

(1) Il résulte d'ailleurs d'études statistiques très méthodiquement conduites que l'âge de la puberté se place entre 20 et 21 ans ; le mariage contracté au-dessous de cet âge expose à de sérieux dangers de mort. (Bureau. Op. cit. P. 295).

C'est qu'en effet l'exemple d'une certaine école nous montre à quelles périlleuses conceptions on arrive en voulant simplifier à outrance le mariage.

Nous voulons parler du « Comité de la réforme du mariage » constitué en 1905 par M. René de Chavagnes, rédacteur au *Gil Blas*, sous la présidence de M. Henri Coulon, avocat, et qui tint de janvier à juin 1906 vingt-deux séances ; le fruit de ses travaux fut publié dans un volume : « *Le mariage et le divorce de demain* »(1). L'on peut citer parmi les nombreuses notoriétés littéraires que comprenait le comité : Paul Adam, Henry Bataille, Jules Bois, Maurice Leblanc, Lucien Le Foyer, Maurice Maeterlinck, P. et V. Margueritte, Marcel Prévost, J.-H. Rosny, Séverine, etc., etc...

Le comité voulait d'abord adopter le mot « union », mais pour ne pas effaroucher le public, et au moins par égard pour la province, on continua à parler de « mariage ».

Le comité décida d'abord que le mariage n'a pas pour fin exclusive d'élever les enfants — puis qu'il était inutile d'introduire l'amour dans le mariage légal. On se mit alors d'accord pour le définir « un engagement qui est formé par tout acte d'où résultent l'identité des contractants et leur volonté de s'unir. » (2).

« Le comité, remarque à ce propos, M. Lambert (P. 9 et suiv.), ici, il « faut en convenir, ne s'est pas mis en frais d'idéal. Nous sommes loin « de la belle définition du jurisconsulte romain Modestin, pour qui le « mariage était « l'association de toute la vie, la participation au même « droit divin et humain. »

Mais aussi, écoutons Mme Avril de Ste-Croix : « ... Le mariage à nos « yeux, n'a rien de sacré, ni d'éternel. C'est un simple contrat légal, « guère plus important que le contrat qui lie deux commerçants — en « vertu duquel un homme et une femme s'associent. La grande erreur « des religions est d'avoir voulu imposer à cette association un caractère « d'éternité. Elle est et elle ne peut être que provisoire comme toute « chose humaine... »

Logique avec lui-même, le comité décide que si le mariage ne doit être qu'un état provisoire, il faut que rien ne soit plus facile que d'y entrer, si ce n'est d'en sortir : « ... Nous voulons rendre le mariage si désirable « et si facile d'accès que personne ne puisse avoir une raison *raisonnable* « de ne pas se marier ! »

A cet effet, les conditions d'âge resteront en principe de 18 et 15 ans. Cependant, en cas de grossesse, des dispenses pourront être accordées

(1) Voir à ce sujet la brochure de M. Lambert sur l'examen du projet du Comité.

(2) M. Paul Adam s'est attaché à dénoncer le danger et le ridicule de l'amour sentimental, et voici par quel idéal il propose de le remplacer : « .... Jeunes gens, ne soyez « pas amoureux ! Chassez de votre intelligence toutes les tentations sentimentales. Soyez « des voluptueux savants et raffinés qui n'érigent point de temples aux servantes de eur « joie, et qui ne s'endorment pas à leurs pieds, oisifs, mais qui veulent, pour chaque « instant de plaisir, une convive nouvelle.... ». Ces lignes sont extraites d'un livre : « La Morale de l'Amour » (P. 11) — destiné à *rectifier* l'idée du mariage.

par le juge de paix. Le consentement des parents est nécessaire jusqu'à 21 ans pour les garçons, 18 ans pour les filles, avec la même exception. Le mariage ne sera plus prohibé, pour cause de parenté, qu'entre ascendants et descendants ou entre frères et sœurs.

Il n'y aura plus de publications. Les plus proches parents et le procureur de la République pourront encore faire opposition, mais dans le cas seulement où l'un des futurs époux serait atteint de démence, et à la condition de provoquer son interdiction dans le plus bref délai.

Les pièces que les futurs époux auront à fournir pour se marier seront réduites au minimum : « L'officier de l'état-civil se fera transmettre, par voie administrative et sans frais, sur la demande des futurs conjoints, l'acte de naissance de chacun d'eux » ; les frais d'expédition de ces pièces seront ainsi à la charge des contribuables.

Une question capitale fut posée au début de la cinquième séance (26 janvier 1906) : faut-il maintenir la célébration publique du mariage ? A ce sujet, le dialogue suivant fut tenu :

M. Séré de Rivières : « La règle nouvelle doit être le mariage libre, et l'exception le mariage enregistré ou notarié. Point de célébration, point de consécration ! »

Mme Séverine : « Considérons l'enregistreur des mariages comme un distributeur automatique. »

M. Le Foyer : « Oui, mais n'y mettons pas de mauvaises pièces, sans quoi nous commettrions une escroquerie. Il serait peu intéressant de favoriser des actes illégaux. »

On appliqua presque à la lettre l'idée originale de Mme Séverine ; en effet, d'après le projet « une formule facultative d'engagement imprimée doit être remise gratuitement, dans toutes les mairies, à toutes les personnes en faisant la demande. C'est cette formule, remplie et signée par les époux qui tiendra lieu d'acte de mariage ; cet acte sera ensuite « transcrit gratuitement sur les registres de l'état-civil de la résidence de l'une des parties. »

Les effets du mariage seront également simplifiés ; chaque époux gardera son indépendance, et en cas de désaccord, le remède normal sera le divorce. Le projet, même, prévoit le divorce par consentement mutuel ou la volonté d'un seul (1).

« Je me demande toutefois, conclut M. Lambert, comment les réfor-
« mateurs qui adoptent ces idées peuvent avoir en même temps la préten-
« tion de consolider le mariage. Car telle est bien leur prétention : « Nous
« voulons fortifier le mariage et non le détruire » répètent-ils fréquem-
« ment... Loin de le fortifier, ils le rendent plus fragile ».

(1) L'on peut remarquer que les doctrinaires, qui font de l'amour la seule base du du mariage, aboutissent sur ce point aux mêmes conclusions que ceux qui l'en écartent C'est ainsi que la Suédoise Ellèn Key, dans son livre « *De l'Amour et du Mariage* », propose l'usage du divorce à l'amiable. Sans doute, elle en repousse l'abus, nous dit Marcelle Tinayre dans une aualyse de cet ouvrage (Revue du mois, 10 déc. 1907. P. 726); mais elle oublie ce que l'histoire nous démontre, à savoir qu'il est impossible de ne pas abuser d'une telle institution.

Nous n'hésitons pas à dire qu'en réalité ces réformateurs tendent, consciemment ou non, à assimiler progressivement le mariage au concubinage (1).

Ne lisons-nous pas aussi, dans cet ordre d'idées, dans l'ouvrage de M. Boyer ? :

« Dans aucun pays, les formalités ne sont aussi nombreuses qu'en « France. En Angleterre et surtout aux Etats-Unis, elles sont réduites « au minimum *sans qu'on ait remarqué qu'il en résulte aucun inconvénient « sérieux*. Dans quelques-uns des états de la grande République Améri- « caine on peut même dire qu'il n'y a pas de formalités du tout... » (P. 10).

Mais, n'est-il pas de notoriété publique qu'entre autres dangers ce régime favorise singulièrement la bigamie ? (2). Peut-on nous proposer sérieusement un tel idéal ? Une telle union, formée *solo consensu*, pouvant être dénouée par une procédure de divorce rapide et simplifiée, n'a en réalité de mariage que le nom et constitue simplement le « contrat d'union libre », dont parle M. Boyer, reconnu par l'autorité publique.

M. Bureau a fortement souligné le danger de ces mariages sans formes, et pour les époux eux-mêmes et pour la société tout entière en raison de leur exemplarité. Nous croyons intéressant, en terminant ce chapitre, de reproduire ci-après quelques-uns des principes qu'il énonce à ce propos, et qu'il est bon de rappeler à ces réformateurs téméraires de l'institution actuelle du mariage, qui oublient volontiers la nécessité absolue de la solennité et de la publicité :

« ... Certes, il est très beau, en apparence, de ne prendre d'engagement « qu'en son propre cœur et sous le seul regard du conjoint qui y a participé. « mais rien n'atteste que cette beauté-là soit jamais accessible à l'huma- « nité future, et elle est certainement interdite à l'humanité présente.

« Les partisans de l'union libre raisonnent toujours comme si l'enga- « gement formel, entouré de publicité et de solennité antérieure, n'était « rien autre chose qu'un plaquage externe, inutilement ajouté, semblable « à ces très minces feuilles de bois précieux que les ébénistes collent « sur les bois de médiocre qualité dont ils font des meubles à bon marché : « le plaquage n'ajoute rien à la solidité ni à l'utilité du meuble et ne sert « qu'à sauver l'apparence. Mais l'affirmation du principe qu'ils posent « à la base de leur système est nettement contredite par les témoignages « les plus certains de la psychologie...

« La solennité et la publicité offrent pour l'individu lui-même de très « précieux avantages et il faut au contraire admirer ici une fois de plus « la perspicacité merveilleuse des hommes qui ont établi ces sages « prescriptions.

---

(1) Un auteur contemporain, M. Léon Blum, est allé dans cette voie jusqu'à proposer, dans son livre « *Du Mariage* », de régénérer nos unions monogames en les faisant précéder pour les deux conjoints d'une période de polygamie – bien entendu systématiquement inféconde.

(2) A ce sujet, il peut être intéressant de signaler que d'après M. Leredu, dans son rapport sur la loi du 9 août 1919, les tentatives de bigamie se multiplient en France de façon inquiétante.

D'abord, en une matière où l'homme est si exposé aux plus dangereuses « illusions, et, à prendre pour de l'éternel et de l'absolu ce qui n'est que « le caprice passager d'une passion, ou peut être pris encore d'un appétit, « la règle du formalisme protège contre les entraînements, les « emballements » et les séductions ; c'est aussi la raison d'être des fiançailles, « et en une une matière si grave, il est essentiel de contraindre, autant qu'on « le peut, les parties à la réflexion.

« En second lieu, la prescription formaliste permet de distinguer aisément et sans examen, les cas où l'union des sexes a été établie, en vue « de constituer une société conjugale - du moins les contractants l'ont « dit ! — de ceux où les parties n'ont voulu établir entre elles qu'un commerce passager, et à l'égard d'un acte dont les répercussions sur la « vie individuelle et sur la vie sociale sont si multiples et si profondes, « le discernement est d'importance.

« Enfin et *surtout*, la solennité et la publicité de l'engagement sont pour « la volonté des parties un élément puissant de réconfort et de stabilité, « dont le concours est indispensable pour mieux assurer la fidèle exécution d'engagements qui ne doivent avoir d'autre terme que la vie de « l'une ou de l'autre des parties...

« Prenons-y garde : il peut arriver parfois que des règlements sociaux « injustes et surannés soient un obstacle à la liberté, mais combien ce cas « est rare en comparaison des services rendus, et s'il existe des règlements « qui oppriment, combien plus nombreux sont ceux qui libèrent et affranchissent, et dont la disparition se traduirait en un lourd esclavage...» (Op. cit. P. 375).

CHAPITRE II

Disparition des causes d'incapacité attachées aux seconds mariages

Les auteurs du Code, pénétrés de l'esprit de l'édit des secondes noces, voyaient d'un mauvais œil les nouveaux mariages des veufs et des divorcés; ils étaient plus défavorables encore aux secondes noces des veuves, qu'il existât ou non des enfants nés de la première union. Un revirement s'est produit dans notre législation tout comme au temps des lois caducaires, et les circonstances qui ont motivé ce changement d'attitude sont les mêmes qu'à l'époque d'Auguste : diminution des mariages, progrès de l'immoralité, et conséquence fatale : dépopulation. Comme l'a dit M. Leredu « ... les intérêts des enfants nés d'une première union étant suffi- « samment protégés par les art. 767, alin. 2, 1098 et suivants, 1496 et « 1527, C. civ., le législateur moderne facilite, autant que possible, les « seconds mariages, en vue de relever par tous les moyens qui s'offrent à lui « le chiffre de la natalité dans notre pays... » (2e rapport supplémentaire du 23 mai 1918 sur la loi du 9 août 1919) ; et après avoir énuméré les déchéances établies par le Code, le rapporteur ajoutait :

« ... Toutes ces déchéances pécuniaires frappant les seconds mariages « sont *autant de primes à l'union libre*, puisque la veuve ne les encourt « que si elle contracte un mariage régulier et non si elle vit en concubinage « avec un amant... »

Pour donner satisfaction à ces tendances nouvelles, la *loi du* 21 *février* 1906 a abrogé l'ancien art. 386, C. civ., qui mettait fin à l'usufruit légal de la mère sur les biens de son enfant mineur lorsqu'elle contractait un second mariage. La *loi du* 3 *avril* 1917 a abrogé l'ancien alinéa 7 et dernier de l'art. 767, C. civ. qui faisait cesser l'usufruit du conjoint survivant sur les biens de son conjoint prédécédé en cas de nouveau mariage. La *loi du* 9 *août* 1919 (art. 14) a modifié l'ancien art. 206, C. civ. qui faisait cesser l'obligation alimentaire au profit de la belle-mère lorsque celle-ci convolait en secondes noces.

De même, la *loi récente du* 31 *mars* 1919 sur les pensions militaires (art. 18, § 2) permet à la veuve qui se remarie de conserver son droit à pension. Ce principe avait été admis dans le projet du Gouvernement, conformément d'ailleurs à la législation antérieure des pensions. Cependant l'art. 10 du projet de la Commission de la Chambre décidait en sens contraire. A la suite du dépôt de l'amendement Bonnevay, une discussion s'engagea à la suite de laquelle le projet gouvernemental prévalut. Au

cours des débats, l'anxiété du législateur se manifesta devant le péril résultant de l'affaiblissement de la natalité et le développement du concubinage :

M. Lefas, président de la commission : « Lorsque la veuve du mobilisé « se remariera, la commission propose, si la veuve a des enfants nés de « son mariage avec le soldat qui est décédé, de faire passer la pension, « telle quelle, avec les majorations pour charges de famille, sur la tête « des enfants... Le premier devoir du législateur, actuellement, c'est « d'assurer l'avenir du pays, par le relèvement de la natalité. Il y a en « France peut-être 200.000 femmes qui, après la guerre, ne trouveront « pas de maris français. Avez-vous le droit de primer, au détriment du « Trésor, les veuves pour qu'elles soient préférées dans les mariages « futurs aux jeunes filles et pour que la France ait moins d'enfants ? »

M. Jean Lerolle : « Croyez-vous que le concubinage des veuves déve- « loppera la natalité et favorisera le mariage des autres ? »

M. Bonnevay : « ... Vous créez au préjudice des veuves de la guerre une « législation spéciale... Vous briserez des droits acquis. De plus, vous « établissez une discordance avec la législation la plus récente. Avez- « vous oublié la loi du 3 avril 1907 ?... Voici enfin l'argument décisif. « Vous allez pénaliser le mariage ! donner en quelque sorte une prime « au concubinage et au compagnonnage... Nous légiférons, non pas en « vue d'une moralité supérieure devant conduire ceux qui la pratiqueront « aux restrictions les plus complètes, mais pour les mœurs publiques et « privées de l'heure actuelle. Croyez-vous que l'art. 12 supprimera l'in- « dustrie des « coureurs de pension » ? Il leur suffira de vivre en compa- « gnonnage, au lieu de se marier, pour conserver à la fois la pension et « la femme. On invoque l'intérêt de la jeune fille. Je me demande quel « intérêt les jeunes filles peuvent avoir à ce qu'on leur réserve ces hommes « qui, précisément n'iraient à elles que parce qu'ils n'auraient plus « l'espoir de trouver ailleurs la pension convoitée ! Si vous voulez vrai- « ment maintenir dans ce pays ce principe qu'à la base de l'organisation « sociale se trouve le mariage, que le mariage est une institution que l'Etat « doit encourager, la première mesure à prendre est de ne pas le pénaliser « en supprimant, pour les veuves qui se remarieront, les avantages que « vous leur avez dès à présent constitués... »

CHAPITRE III

Les Libéralités entre Concubins

Dans l'Ancien droit, les donations entre concubins furent de bonne heure interdites par la loi ou en vertu d'un usage suivi par la jurisprudence : « Don de concubins à concubins ne vaut » disait-on. Cette prohibition fut formellement consacrée par l'art. 132 de l'ordonnance de janvier 1629, qui déclarait « toutes donations faites à concubines nulles et de nul effet ».

En ce qui concerne spécialement le Parlement de Paris, dont la jurisprudence se fixa au cours du XVIII[e] siècle, les solutions adoptées, étaient, nous dit Merlin, les suivantes :

« 1° La donation faite à une concubine est nulle et doit être entièrement « anéantie lorsque la donataire n'a pas d'actions en dommages-intérêts « à exercer contre le donateur.

« 2° Dans le cas contraire, on peut donner des aliments et il y a lieu « de réduire au taux d'une pension alimentaire la donation qui l'excède. »

Cette jurisprudence était expliquée par l'avocat général Talon dans des conclusions sur lesquelles fut rendu un arrêt de 1730 :

« ... Nous apprenons d'une infinité de vos arrêts, qu'on ne peut pas « faire une donation considérable, bien moins encore une institution « universelle en faveur d'une concubine ; et lorsque ces sortes de ques- « tions se présentent, on est toujours réduit à constater deux sortes de « faits. — D'abord, on examine si le honteux commerce du donateur et « de la donataire est suffisamment prouvé, pour ne pas établir la punition « d'un crime sur de simples présomptions, et pour ne pas légèrement « couvrir d'opprobre ceux qui soutiennent ces sortes de donations. En « second lieu, si le fait du mauvais commerce est démontré, on met dans « la balance de la justice, d'un côté, ce qui serait nécessaire pour les ali- « ments de la donataire, et de l'autre, les effets qui lui ont été donnés, « afin de prescrire de justes bornes à des libéralités qui ne doivent pas « être immenses; et plutôt pour rendre à la donataire ce qui lui est exac- « tement dû, que pour lui donner lieu de s'applaudir de son crime... » (Recueil alphab. T. 1, p. 547).

Cette incapacité, assez atténuée parfois, comme on le voit, doit-elle être considérée comme abolie par les lois du 17 nivôse an II et du 4 germinal an VIII ?

La question a été controversée. Quoiqu'il en soit, il est certain qu'un article du projet de Code civil de l'an VIII avait reproduit la même prohibition dans les termes suivants : « Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont respectivement incapables de se donner ».

Cette disposition fut supprimée sur les observations du tribunal de Lyon.

La suppression de ce texte et le silence du législateur ont fourni aux auteurs un argument décisif pour décider qu'aucune incapacité ne saurait subsister entre concubins sous l'empire du Code civil :

« ... Les causes d'incapacité admises dans l'ancien droit ne subsis-
« tent plus comme telles, disent Aubry et Rau, lorsqu'elles n'ont pas été
« expressément rappelées et confirmées par le Code civil. Ainsi, le concu-
« binage n'entraîne plus à lui seul entre les personnes qui y sont engagées,
« une incapacité de donner ou de recevoir. » (5e édit. T. 10, nº 649, p. 185).

«... Aussi les auteurs et les arrêts sont-ils d'accord, disent Baudry et
« Colin, pour admettre que le concubinage ne saurait être considéré
« aujourd'hui comme une cause d'incapacité.» (Donations, T. I., p. 258).

Pour quelles raisons, le Code Napoléon n'a-t-il pas maintenu cette incapacité et quelles en ont été les conséquences ?

« ... On a voulu, dit M. Planiol, supprimer des débats scandaleux trop
« fréquents : mais pour éviter un mal, on est tombé dans un autre, et il
« se trouve que *la loi favorise des spéculations éhontées.* La jurisprudence,
« désireuse de maintenir le respect dû aux bonnes mœurs, a élaboré un
« nouveau système de répression qui a tant bien que mal remplacé l'an-
« cienne prohibition. » (III, 2943 *bis*).

Après avoir signalé l'abrogation de la règle « Don entre concubins ne vaut», M. Lefebvre dit de même : « Il semble que cette décision aurait
« dû être conservée, car il est inouï que les donations entre concubins
« soient plus stables que les donations entre époux. »

La jurisprudence sur les libéralités entre concubins se trouve aujourd'hui établie par une suite nombreuse de décisions remontant à floréal an XII, et qui se sont multipliées en cours du XIXe siècle (voir la liste au Répertoire Dalloz, Vº Dispositions à titre gratuit, nº 211).

Les décisions les plus récentes sont les suivantes :

Bastia, 31 juillet 1907 (D. 1909, 2, 266). Caen, 5 avril 1910 (S. 1911, 2, 229). Req. 1 mars 1914 (D. 1916, 1, 27). Cass. Civ. 11 mars 1918 (D. 1918, 1, 100). Paris, 23 juillet 1914 et Lyon 30 mars 1916 (D. 1918, 2, 51). Cass. Req. 20 oct. 1920 (Gaz. Trib. 4 et 5 février 1921).

L'on peut essayer de formuler le système jurisprudentiel dans les propositions suivantes :

PREMIERE REGLE. — En principe, l'ancienne incapacité n'existe plus.

Sur ce point, la jurisprudence a donc formellement confirmé l'opinion des auteurs. C'est ainsi que nous lisons dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1914, précité :

« Attendu que pour invalider la disposition testamentaire faite au
« profit des demandeurs, la Cour d'appel ne s'est point fondée sur ce
« motif général que les libéralités entre concubins seraient interdites,
« ce qui est contraire aux principes de notre législation. »

DEUXIEME REGLE. — En conséquence, l'on n'est plus admissible à proposer le fait de concubinage comme moyen de suggestion et de captation, alors même que la libéralité serait due à l'influence que la concubine exerçait sur le disposant. (Voir par ex. Toulouse, 25 juin 1900. D. 1901, 2, 313).

S'il en était autrement, l'on en viendrait en effet à rétablir indirectement l'ancienne incapacité.

Il a été ainsi jugé que le testament par lequel un célibataire a institué sa servante comme légataire universelle ne peut être réputé avoir été surpris par captation par cela seul qu'il y aurait eu entre eux concubinage. (Agen, 7 mai 1851. D. 53, 5, 163).

Les intéressés n'auront que la ressource d'établir, conformément au droit commun, que, pour se faire gratifier, la concubine s'est rendue coupable de dol ou de mensonge, ou que d'une manière générale, la libéralité est dûe à des manœuvres frauduleuses.

A cet égard, le concubinage, s'il ne peut faire présumer à lui seul la captation, pourra faciliter la preuve de celle-ci en venant à l'appui des faits de captation et de suggestion révélés par les circonstances de la cause. (Voir par ex. Nîmes, 30 juin 1869. D. 72, 1, 37).

TROISIEME REGLE. — Elle est formulée dans les termes suivants par M. Planoil :

« ... La libéralité peut être annulée si elle a eu pour but l'*établissement* « *ou la continuation des relations de concubinage.* Elle cesse alors d'être « une donation pour devenir une convention intéressée, une sorte de « marché honteux, dans lequel la somme promise est le prix d'une com- « plaisance coupable, le *salaire du vice.* » (III, 2943 *bis*).

Sur quel principe se fondent les tribunaux pour annuler la libéralité ? Ils font alors application de la théorie de la cause telle qu'elle est dégagée par Baudry et Colin :

«.. Si la prétendue libéralité n'est en réalité que le prix d'un marché « honteux, si par elle, le donateur entend uniquement, grâce à l'avantage « réalisé ou promis, encourager ou procurer soit l'établissement, soit le « maintien des relations de concubinage, il n'y a plus libéralité, mais « contrat à titre onéreux. Les art. 1131 à 1133 du Code deviennent néces- « sairement applicables, et la prétendue libéralité doit être considérée « comme nulle et de nul effet. » (Op. cit. p. 259).

Quelles que soient les critiques dont la théorie de la cause suivie par la jurisprudence a été l'objet de la part de certains auteurs, il faut reconnaître son utilité en la matière, puisque si l'on admet avec eux que la cause réside uniquement dans l'intention libérale, celle-ci envisagée par définition *in abstracto*, ne saurait jamais être considérée comme immorale. (Voir la note de M. Ambroise Colin au D. 1907, 1, 137).

C'est ainsi que la distinction entre la « *causa proxima* » et la « *causa remota* » a inspiré au tribunal de la Seine et à la Cour de Paris ces déclarations de principes :

« ... Attendu que les termes dans lesquels sont conçues ces dispositions « témoignent chez leur auteur d'une profonde perversion de sens moral « et de la volonté de récompenser publiquement, au détriment de la « famille légitime, l'attachement coupable de celle à qui il avait fait « prendre la place de la femme légitime ; mais attendu qu'il suffit que le « donateur ou testateur ait eu la volonté de donner ou de léguer pour que « toute libéralité entre vifs ait une cause légale, qui en assure la validité ; « que les motifs qui ont déterminé cette volonté sont distincts de cette « volonté elle-même et ne sont pas, dans le sens juridique, la cause de la « libéralité ; que quelqu'immoraux qu'aient pu être les motifs qui ont « poussé S. à tester en faveur de sa concubine, ils n'entachent point la « validité même du testament... » (Seine, 10 nov. 1893. Paris, 11 nov. 94. D. 95, 2 , 115).

Nous croyons qu'il faut se féliciter que la grande majorité des Cours et Tribunaux ait repoussé une théorie qui aboutit en pratique à des résultats aussi choquants.

La règle formulée par nous en troisième lieu est appliquée non seulement en matière de libéralités ouvertes, mais encore en ce qui concerne les libéralités déguisées ou simulées; celles-ci se rencontrent même le plus souvent : le donateur ne veut pas que sa libéralité soit connue, et recourt alors à un mode de donation indirect. Fréquemment, la libéralité revêt la forme d'un billet souscrit au profit de la concubine sans indication de cause ou avec une cause fictive.

Une question très importante se pose alors : celle de savoir comment doit être établie la preuve de la cause immorale. Il n'y a pas évidemment de difficulté si la libéralité en contient l'énonciation expresse, mais *quid* en cas contraire ?

L'on sait qu'en ce qui concerne les donations faites à des enfants adultérins ou incestueux, la jurisprudence exige que la preuve de la cause illicite résulte de l'acte lui-même. Convient-il d'adopter en notre matière une règle aussi rigoureuse ?

La négative a été soutenue sans hésitation par MM. Baudry et Colin. Après avoir exposé dans quel cas il y a nullité, ces auteurs ajoutent :

« ... Mais cela implique que les circonstances de la cause permettent de « restituer à la prétendue libéralité son véritable caractère et la physio- « nomie qui lui convient. A cet effet, tous les modes de preuve nous pa- « raissent admissibles. Il s'agit d'un acte qui, pour faire fraude à la loi, « se présente sous une physionomie qui n'est point celle qui peut lui « convenir. Or il est de principe que, pour établir et déjouer une fraude « à la loi, tous les modes de preuve peuvent être également employés.

« Il ne sera donc pas nécessaire que la preuve du concubinage résulte « de l'acte même qui contient la libéralité. Des arrêts l'ont exigé. Nous ne « voyons guère sur quelle base légale peut se fonder une semblable exi- « gence. »

La jurisprudence a en effet manifesté pendant assez longtemps des

hésitations. Les arrêts ont admis d'abord que le caractère immoral de la cause doit apparaître dans la teneur de l'acte ou tout au moins doit résulter d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit. (Req. 26 mars 1860. D. 60. 1. 255 ; cet arrêt se fondait sur l'inconvénient des recherches scandaleuses qu'entraînerait l'appréciation des circonstances du litige).

Mais, dans trois arrêts successifs en date des 23 juin 1887 (D. 89, 1, 35), 4 janvier 1897 (D. 97, 1, 126) et 24 mars 1898 (D. 1903, 1, 403), la Cour suprême a sur ce point changé sa jurisprudence. Dans ces trois arrêts l'hypothèse visée était la même : il s'agissait de la nullité d'un engagement pris sous forme de billets souscrits au profit d'une bénéficiaire que les héritiers prétendaient avoir été ou être encore la concubine du souscripteur — c'est-à-dire, d'une donation déguisée. La Cour suprême a par trois fois admis que la démonstration de la simulation — donc en même temps de la cause immorale — peut se faire par tous les moyens possibles, et s'induire d'éléments extrinsèques, aussi bien que des termes mêmes de l'engagement.

Toutefois, le nouveau principe n'avait pas prévalu pour les libéralités ouvertes (Paris, 15 fév. 1893. D. 93, 2, 416 — note précitée de M. Colin au D. 1907).

L'arrêt précité de la Chambre des Requêtes semble bien avoir sur ce point uniformisé la jurisprudence en décidant à propos d'un legs universel « qu'en puisant dans les circonstances extrinsèques et dans les docu- « ments de la cause la preuve d'un marché dont les actes litigieux ne « pouvaient révéler l'existence, mais dont le juge du fait a constaté la « fidèle exécution... » l'arrêt attaqué avait à bon droit prononcé la nullité de la disposition litigieuse.

QUATRIEME REGLE. — La libéralité recevra au contraire son exécution si elle a été faite, dit M. Planiol « *dans une pensée désintéressée,* « *après que toutes relations ont cessé.* L'examen de la jurisprudence montre « qu'en fait les actes entre vifs sont seuls annulés et que les libéralités « testamentaires sont toujours validées. » .

Dans sa note sous Rennes, 7 mars 1904 (D. 1905, 2, 305), le même auteur précise que les donations entre vifs sont également valables lorsqu'elles ont eu lieu après la cessation du concubinage. C'est ainsi que nous lisons dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 mars 1860 (D. 60, 1, 255) :

« ... Considérant d'ailleurs que dans l'espèce, les faits et documents « du procès ne prouveraient pas nécessairement que la convention dont « il s'agit, n'eût pas d'autre cause que les relations coupables que l'on « suppose avoir existé entre les parties et *qui dans tous les cas avaient* « *pris fin à la date de l'acte dont la nullité est demandée...* »

On ne peut guère citer qu'un arrêt de la Cour de Besançon, du 19 mars 1862 (D. 62, 2, 58) qui ait consacré la thèse contraire, à laquelle nous nous rallions sans hésitation :

« ... Attendu... que du reste aucune distinction ne peut être faite entre « des engagements contractés en vue de relations à établir ou à continuer « et ceux qui suivraient la cessation d'un commerce de cette nature ; « qu'il n'y a cause licite ni dans un cas ni dans l'autre ; que dans l'un « l'obligation est une prime à la dépravation et dans l'autre le prix de « coupables complaisances ; que de semblables engagements seraient la « source de honteux calculs... »

Il est certain que cette décision doit être considérée comme condamnée par la jurisprudence postérieure, qui s'est toujours basée pour prononcer des annulations sur l'idée d'un pacte immoral, motif qui prend fin en même temps que le concubinage.

Mais du fait que les relations ont cessé, les tribunaux sont-ils fondés à induire que la libéralité est faite dans une pensée désintéressée ? La jurisprudence elle-même a proclamé qu'on doit annuler les libéralités ayant pour cause « la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur *rémunération*. » (Civ. 11 mars 1918 précité). La notion de « salaire du vice » une fois dégagée, nos tribunaux refusent à tort d'admettre que ce salaire puisse être payé même après la rupture des relations. N'est-ce pas le propre d'un salaire d'être payé quand le travail ou les services qu'il rémunère ont été fournis ?

Que faut-il penser d'autre part de la distinction établie en fait, dans la plupart des cas, entre le testament et la donation ?

M. Planiol, dans la note précitée, déclare qu'elle lui paraît pas justifiable: « Pourquoi ne pas rechercher si la rédaction du testament a eu lieu « pendant la durée du concubinage ? L'espérance que fait naître sa con- « fection est de nature à déterminer la légataire à devenir la maîtresse « du testateur, tout aussi bien que la confection d'une donation entre vifs. « Et même une femme avisée préférera être gratifiée par testament, « puisque les juges se montrent si faciles pour en admettre la validité, « plutôt que de recevoir une donation dont l'annulation serait à peu près « certaine. De son côté, son amant aimera mieux employer le procédé « d'une disposition de dernière volonté, puisqu'il y trouvera une plus « grande certitude pour que sa générosité ait son effet. »

Cependant, par l'arrêt du 1 mars 1911 précité, la Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'Orléans, lequel avait invalidé un legs universel en se fondant « sur cette circonstance que la disposition universelle contenue dans le testament litigieux n'a été que l'exécution d'un pacte immoral. » Cet arrêt va-t-il déterminer une nouvelle orientation de la jurisprudence ? Nous voudrions l'espérer.

CINQUIEME REGLE. — Dans certains cas, l'engagement souscrit par un amant envers une concubine est validé, parce qu'on le considère alors comme la reconnaissance et l'exécution d'un devoir moral ou d'une obligation naturelle.

Cette règle ne se distingue d'ailleurs de la précédente que par des nuances. Nous croyons qu'il y a intérêt à la développer seulement dans le chapitre suivant, avec lequel elle assure, en quelque sorte, la liaison.

CHAPITRE IV

Réparation du préjudice causé par le concubinage

Une jurisprudence constante admet aujourd'hui qu'une action en dommages-intérêts basée sur l'art. 1382, peut être exercée par une femme contre son séducteur · jugé ainsi pour la première fois à Caen en 1862 (D. 62. 2, 129).

Mais cette action n'est fondée que lorsque la séduction est bien établie, c'est-à-dire lorsqu'on démontre que le séducteur a employé des manœuvres dolosives, abusé de son autorité, ou d'une manière générale exercé une contrainte morale sur la demanderesse. (Voir par ex. Trib. Brioude, 11 juillet 1913. Gaz. Pal. 1913, 2, 320).

Les manœuvres du séducteur peuvent consister notamment en promesses de mariage qui ont déterminé les relations intimes. Ce cas se rencontre très fréquemment en pratique ; la jurisprudence exige d'ailleurs, pour que l'action en dommages-intérêts basée sur l'inexécution de la promesse soit recevable, qu'il soit prouvé que cette promesse a précédé la séduction. (Req. 17 juillet 1911. D. 1915. 1, 52.)

L'on sait que cette jurisprudence constituait une atténuation du principe posé dans l'art. 340 C. civ., et prohibant la recherche de la paternité naturelle ; l'on verra plus loin que les auteurs de la loi de 1912 ont voulu assurer la répression du concubinage, et l'on peut se demander si cette loi n'a pas rendu inutile la jurisprudence antérieure. Il faut décider qu'en admettant dans certains cas, en faveur de l'enfant naturel, la recevabilité d'une action en déclaration judiciaire de paternité, la loi du 16 novembre 1912 n'a nullement aboli l'action que la jurisprudence antérieure, rappelée et expressément approuvée par le rapporteur de la loi au Sénat, accordait à la mère.

Il a été ainsi jugé — conformément d'ailleurs à l'opinion des auteurs — que quoique un arrêt définitif, rendu avant la loi du 16 novembre 1912, ait précédemment condamné le père prétendu à des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice causé à la mère par la rupture d'une promesse de mariage et la naissance irrégulière d'un enfant, ce dernier est encore recevable à exercer l'action que lui accorde le nouvel art. 340. (Rennes, 19 nov. 1919. D. 1920, 1. 89, 11e esp. et note de M. Duparcq).

Comme le fait remarquer, d'ailleurs, cet auteur, les deux actions dont il s'agit ne font cependant pas double emploi. Elles diffèrent sous le rapport des personnes qui y figurent et sous celui des intérêts qui s'y débattent. Mais, nous l'avons vu , c'est seulement lorsque les agissements auxquels le séducteur a eu recours, ont une influence déterminante pour l'accomplissement de la séduction que celle-ci donne lieu à une action en

dommages-intérêts. De même, cette condition est essentielle pour que la paternité du séducteur puisse être judiciairement déclarée dans le deuxième cas où le nouvel art. 340 rend l'action recevable.

Pour que la déclaration de paternité soit légalement justifiée, « il est « indispensable, a dit M. Guillier, dans son rapport supplémentaire au Sénat, « de constater, d'une part, que ce sont les manœuvres ou les promesses « qui ont permis à l'homme de triompher de la femme à laquelle il s'était « attaqué, et que, d'autre part, la grossesse a suivi les relations nouées « à la suite de ces agissements malhonnêtes. »

Il a été jugé en ce sens que la séduction par promesse de mariage ne peut servir de base à l'action que si la promesse est établie d'une manière certaine et non hypothétique et si les relations sexuelles ont été établies pendant la période légale de la conception. (Poitiers, 17 juin 1918. Gaz. Pal. 1919, 1, 184) - que les promesses de mariage doivent avoir précédé et non suivi les relations intimes entre la demanderesse et le défendeur. (Trib. Châteauroux, 16 février 1914. Gaz. Trib. 17 avril 1914).

Il pourra donc arriver — et le cas est fréquent en fait — que la paternité soit déclarée en dehors du cas de séduction, puisque l'art. 340 prévoit d'autres hypothèses où l'action est recevable. Il nous semble juste alors de limiter l'étendue des obligations du père : dans le premier cas, il est tenu de réparer complètement les conséquences de sa faute et doit pourvoir intégralement à l'entretien de l'enfant ; dans le second cas, la déclaration de paternité ne peut avoir d'autre effet que de mettre à la charge de chaque parent les obligations qui leur incombent respectivement à l'égard de l'enfant ; or ces obligations pèsent en principe sur la mère autant que sur le père. En ce sens : Trib. Mayenne, 9 janv. 1914 (D. 1915, 5, 8).

Depuis quelques années, cependant, certains tribunaux ont donné des solutions assez audacieuses : leurs décisions font constater dans une partie de la jurisprudence une tendance à allouer des dommages-intérêts à la concubine sans qu'elle ait été séduite. En ce sens : Trib. Gray, 5 juin 1902. (P. F. 1903, 2, 97, note Charmont). Cette décision s'inspire du principe que l'absence de séduction rend la faute commune ; elle divise et atténue la responsabilité, et ne la supprime pas.

Mais, répondrons-nous, si, par hypothèse, la faute est la même, on ne peut plus parler de victime du concubinage, et il n'y a plus que des complices. A la vérité, chacun d'eux doit pouvoir réclamer une réparation pour un préjudice moral identique, mais le dommage étant égal, leurs deux créances se compenseront. Si les fautes morales de chaque partie ne sont pas effacées, il faut donc reconnaître qu'elles se neutralisent si on les considère comme génératrices de fautes juridiques. Il a été ainsi jugé par le Tribunal de Nancy (27 nov. 1906. Gaz. Trib. 1907, 2, 113) qu'un individu qui a vécu pendant plusieurs années avec une femme sans l'avoir séduite « a pu commettre et a commis une faute morale mais non une faute juridique ».

L'adoption de la thèse contraire pourrait conduire à des résultats immoraux : la femme serait encouragée à trafiquer de son honneur.

Nous faisons, bien entendu, abstraction du cas où un enfant est né des relations illicites ; la femme subit alors un dommage matériel, que n'éprouve pas son amant, et celui-ci est tenu de toute façon de remplir ses devoirs de père.

Mais, dans ce cas, il y aura lieu d'appliquer l'ancienne jurisprudence qui validait l'engagement de pourvoir aux besoins de l'enfant, ou les dispositions du nouvel art. 340.

Nous croyons donc qu'il suffit de s'en tenir aux principes posés par la Cour de Paris dans un arrêt récent du 22 décembre 1920 (Gaz. Trib., 25 janvier 1921). Cet arrêt décide expressément que la mère d'un enfant naturel n'est pas en droit de réclamer au père de cet enfant des dommages-intérêts en outre des sommes qu'il est obligé de lui payer pour sa participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, si elle n'a pas été victime d'une séduction et a librement consenti aux relations sur lesquelles elle fonde sa demande :

« ... Considérant que l'appelante fonde sa demande en 100.000 fr. de « dommages-intérêts sur les relations qui pendant 18 années auraient « établi entre elle et G. une existence commune ainsi que sur la brusque « rupture des relations en 1911 ; mais que abstraction faite des obliga- « tions incombant à G. à l'égard des enfants issus de ses relations, *il « n'apparaît pas que la demoiselle A. soit légalement fondée à tirer de la « situation irrégulière qu'elle avait volontairement acceptée un droit à des « dommages-intérêts...* »

Cependant, on a vu, déjà, à plusieurs reprises, des décisions judiciaires accorder des dommages-intérêts à la femme qui a vécu pendant un certain temps en concubinage avec un homme en se basant *sur le seul fait de la rupture* : Voir : Aix, 7 juin 1869 (D. 71, 1, 52) où cette idée semble avoir tout au moins inspiré la Cour. — Trib. Seine, 16 mars 1907 (P. F. 1097, 2, 175).

Dans certains cas, aussi, la jurisprudence voit dans l'engagement pris par le concubin envers la concubine le désir de réparer un dommage matériel ou moral. Nous trouvons cette idée émise dans un jugement du Tribunal de Lyon du 21 juillet 1858 (D. 60, 1, 256). — Voir aussi Aix, 10 janv. 1878, et les arrêts cités dans Jur. Génér. Dalloz Suppl. V° Obligations n° 154.

Plus récemment, un arrêt de la Cour de Rennes du 7 mars 1904 a décidé que la promesse de payer une rente annuelle à une concubine, après la rupture de la cohabitation, peut être considérée comme l'exécution d'une obligation naturelle et être valablement consentie sous seings privés (D. 1905, 2, 305, note Planiol — S. 1907, 2, 241, note Hémard).

M. Planiol se demande comment il faut apprécier un pareil système, qui nous amène aux confins plus ou moins précis du domaine des donations et de celui des obligations d'origine délictuelle.

Le savant auteur observe tout d'abord qu'une sorte d'élite morale est seule appelée à bénéficier de cette jurisprudence puisqu'il ne peut y avoir « dommage » que si la concubine avait des mœurs honnêtes avant la

liaison. Cependant, il nous paraît dangereux d'admettre la notion de dommage sans qu'on exige la preuve d'une séduction ni même d'un préjudice direct. Nous retombons alors dans l'hypothèse de la faute commune examinée plus haut.

La théorie jurisprudentielle que nous étudions en ce moment, appliquée d'abord à des espèces qui frisent la séduction (Voir Aix, 10 janv. 1878, précité) peut nous conduire très loin, comme l'indique M. Planiol lui-même.

Après avoir signalé que l'arrêt de Rennes constitue une nouvelle étape dans l'évolution de la jurisprudence envisagée, qui se base désormais sur l'idée d'obligation naturelle, et non plus seulement de devoir moral ou de conscience, il ajoute en effet :

« A un autre point de vue encore, l'arrêt rapporté de la Cour de Rennes « va plus loin que la jurisprudence antérieure, car dans l'obligation natu- « relle dont il reconnaît l'existence, il fait rentrer la nécessité d'assurer « à la concubine « le pain de ses vieux jours », quand on la renvoie « à un « âge où il lui serait difficile de recommencer une vie nouvelle », ce qui « dépasse de beaucoup l'idée du dommage subi dans le passé ; c'est le « droit à une sorte de douaire, tout au moins à une pension alimentaire, « que l'on admet ainsi pour la concubine sur le retour. On peut, il est « vrai, fonder cette nouvelle créance sur le « dommage » qu'elle souffre « en l'entendant d'une façon large et en y comprenant les difficultés « qu'elle rencontrera après la rupture. Pourra-t-on maintenir ces obli- « gations à l'état d'obligations naturelles, et refuser toute action en in- « demnité alors qu'on reconnaît qu'il y a eu préjudice causé ? Est-ce que « tout dommage ne fait pas naître une action civile ? N'entrevoit-on « on pas des horizons nouveaux ? Ne peut-on pas dire que le concubinage « crée, tout au moins sous la forme d'obligations naturelles, des droits « imitant ceux qui dérivent du mariage ?

« Enfin, si le concubinage, établi dans les conditions d'honnêteté « relative sus-indiquées, donne lieu à réparation du dommage et à une « sorte de sécurité pour l'avenir, *il devient bien difficile d'annuler impi-* « *toyablement tout engagement pris, en exécution de cette obligation, pendant* « *le cours des relations entre concubins* ; ce serait une singulière obligation « que celle-ci, si elle ne pouvait pas être reconnue et exécutée dès qu'elle « a pris naissance... Nous croyons donc qu'il existe une véritable anti- « nomie entre les arrêts qui reconnaissent l'existence d'un devoir moral « ou d'une obligation naturelle... et ceux qui ont annulé des billets sous- « crits pendant le concubinage, dans le but, soit « de garantir la femme « des conséquences pouvant résulter de ses complaisances ». (Caen, « 2 juillet 1872, Jur. génér. D. V° Obligations n° 182), soit « d'acheter « à prix d'argent le silence, la paix et la liberté devenus indispensables « à raison des circonstances». (Aix, 25 janv. 1883. D. 83, 2, 237). Il « faudra que la jurisprudence choisisse entre ces deux tendances.

« Effrayés des avantages ainsi créés au profit des liaisons illégitimes, « certains esprits demandent le rétablissement de l'ancienne incapacité

« des concubins. (Peytel, l'Union libre devant la loi, thèse Paris 1904,
« p. 249. Comp. Laurent, Principes de droit civil français, t. 11 nº 136).
« Leur vœu ne sera sans doute pas écouté d'ici longtemps : ni les mœurs,
« ni la littérature, ni le théâtre ne poussent la jurisprudence dans cette
« voie. » Nous nous rangeons cependant, nous aussi, parmi ces esprits que certains seront évidemment tentés de qualifier rétrogrades.

Nons pouvons ajouter que M. Lefebvre, après avoir étudié la jurisprudence relative aux libéralités entre concubins, semble bien conclure dans le mêmes sens que les auteurs cités par M. Planiol : « ... Bref,
« il y aura force complications dans l'examen des faits, par défaut d'un
« principe de nullité qui eût été le plus sûr. » (Op. cit. P. 195).

La tendance nouvelle a encore inspiré deux arrêts récents, cités au chapitre précédent ; il n'y est d'ailleurs même pas question de dommage :

La Cour de Paris (23 juillet 1914) a validé une libéralité de 50.000 fr. intervenue, dit-elle, « pour liquider une situation irrégulière, pour ac-
« complir un devoir de conscience et d'honnêteté, celui de ne pas laisser
« sans ressources une personne à qui l'on a donné juste lieu de croire,
« par une communauté prolongée d'existence avec elle, qu'elle trouverait
« en vous un avenir assuré... »

La Cour de Cassation (11 mars 1918) a de même déclaré souveraine l'appréciation d'une Cour d'appel, qui avait constaté que 50.000 fr. d'effets litigieux souscrits au profit d'une concubine adultérine ne l'avaient été que dans une pensée d'affection et de prévoyance, en vue « d'assurer à la dame S. une petite situation pour l'avenir ».

Il est certain que si cette jurisprudence devait conduire aux résultats prévus par M. Planiol avec une implacable logique, elle aboutirait à donner au concubinage une véritable sanction juridique.

Ce résultat, d'ailleurs, serait en parfaite harmonie avec ceux que risquent d'entraîner les tendances actuelles à la simplification absolue du mariage, les campagnes de presse et de littérature qui réclament que soit établi — ouvertement — le divorce par consentement mutuel et même le divorce pour incompatibilité d'humeur, « propagande qui ne tendrait rien moins qu'à établir un système d'union libre ». (Lefebvre, op. cit. P. 62).

Ne nous faisons pas d'illusions : si tout ce mouvement d'opinion, qui se répercute sur la législation et la jurisprudence, devait aboutir, il nous conduirait faire de l'union des sexes un vulgaire contrat, formé « *solo consensu* », et par conséquent résoluble « *mutuo dissensu* », soumis à l'art. 1184 et à l'art. 1869, C. civ. (qui accorde à chaque membre d'une société de durée illimitée le droit d'en demander la dissolution).

En un mot, ce serait la restauration du « *venale concordium* », jadis stigmatisé par Papinien. L'on sait dans quelle décadence la généralisation d'une telle institution a fait tomber la race la plus saine, la civilisation la plus florissante de l'antiquité.

CHAPITRE V

Le concubinage considéré comme base à la recherche de la filiation naturelle

Depuis longtemps, on s'est demandé si l'existence d'une union de fait ne doit pas influer sur le sort des enfants naturels issus du concubinage. Quand les parents vivent dans cet état, ne doit-on pas rendre plus facile aux enfants la preuve de leur filiation ? N'est-il pas juste en effet que la loi, constatant l'existence d'une famille de fait, facilite la reconnaissance des liens du sang, pour que les concubins ne puissent échapper aux devoirs qui leur incombent envers ceux auxquels ils ont donné le jour.

On est ainsi amené à tenir compte de la possession d'état d'enfant naturel et de la possession d'état de faux époux, qui peuvent toutes les deux dériver d'un concubinage prolongé. Ces deux possessions d'état peuvent ne pas se rencontrer simultanément à l'inverse de ce qui se passe dans les unions légitimes, où la possession d'état d'enfant légitime suppose nécessairement la possession d'état d'époux chez les parents. C'est qu'en effet, en matière de concubinage, nous avons affaire à des unions souvent instables, parfois clandestines.

Deux questions se posent alors en législation :

1° La possession d'état d'enfant naturel peut-elle remplacer la reconnaissance volontaire ?

2° Peut-elle être invoquée - de même que l'état de concubinage des parents — à l'appui d'une recherche en justice ?

Cette dernière question se relie à celle plus générale de la recherche de la filiation naturelle, que nous étudierons en même temps.

PREMIERE QUESTION.

Primitivement, la jurisprudence faisait une distinction : la filiation naturelle était complètement établie à l'égard de la mère par la possession d'état, mais celle-ci restait sans effet à l'égard du père en raison du principe qui interdisait la recherche de la paternité. (Voir Planiol, I, 1542).

En 1835, M. Demolombe entreprit de démontrer que la possession d'état suffit pour établir la filiation paternelle :

« ... La possession d'état, disait-il, est une véritable reconnaissance ; « lorsqu'un homme a constamment et publiquement traité un enfant « comme le sien, lorsqu'il l'a présenté comme tel dans sa famille, dans la « société, lorsqu'il lui a donné son nom, lorsqu'il a eu qualité de père, « toujours pourvu à ses besoins, à son entretien, à son éducation, il est « impossible de ne pas dire qu'il l'a reconnu. Il est vrai que cette recon- « naissance n'est pas consignée dans un acte ; tout ce qu'il faut en conclure, « c'est qu'elle est plus complète et plus décisive encore... » (T. 5. P. 458).

L'illustre professeur s'attachait à démontrer que sa théorie n'était contraire ni à la lettre, ni aux motifs de l'art. 340, et qu'elle pouvait se concilier avec les travaux préparatoires.

Cette opinion, brillamment défendue, n'a cependant pas triomphé : « .. L'objection décisive, dit M. Planiol, contre laquelle cette doctrine « est venue échouer, c'est que la possession d'état n'a pas été admise « par les auteurs du Code comme preuve de la filiation naturelle. Le silence « des textes à son égard est d'autant plus probant qu'à l'époque où le « Code a été rédigé la possession d'état avait déjà perdu toute valeur pour « les enfants naturels. » (I. 5e édit., 1544).

L'échec de la théorie de Demolombe eut sa répercussion dans la jurisprudence : l'opinion intermédiaire qui admettait la possession d'état comme probante à l'égard de la mère ne put plus se maintenir, et la majorité des décisions judiciaires ont fini par admettre que la possession d'état doit être tout à fait écartée, qu'il s'agisse de prouver la paternité ou la maternité. (Voir Répert. prat. Dalloz Vo Filiation, no 460 *in fine*).

Toutefois, il résulte de l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 336 C. civ. que, si le nom de la mère est indiqué dans la reconnaissance faite par le père, cette indication suffit à établir la filiation maternelle dès qu'elle est complétée par l'aveu de la mère ; or, cet aveu peut être tacite, il peut résulter uniquement de la façon dont la mère a traité l'enfant, c'est-à-dire de la possession d'état en tant qu'elle est l'œuvre de la mère.

DEUXIEME QUESTION.

En ce qui concerne la recherche judiciaire de la filiation maternelle, l'on sait qu'elle est autorisée par l'art. 341 C. civ. A défaut de reconnaissance, l'enfant peut donc faire sa preuve en justice. La preuve de l'accouchement peut être faite pleine et entière par l'acte de naissance si la mère y est nommée. Mais, depuis 1872, la jurisprudence décide que l'acte de naissance, même confirmé par la possession d'état n'équivaut pas à la reconnaissance : l'identité de l'enfant ne peut plus être établie que par un commencement de preuve autre que l'acte de naissance.

Quant à la filiation paternelle, elle ne pouvait être recherchée en justice, en raison de la prohibition contenue dans ce fameux art. 340 C. civ., qui fit tant discuter pendant un siècle. Les études de M. Giraud ont montré que les auteurs du Code n'avaient pas du tout l'opinion étroite qu'on leur a longtemps prêtée en cette matière. (Rev. crit. 1884. P. 600. — Cité par Planiol, I, 5e éd. 1520 et 1525). S'inspirant des idées de la Convention (loi du 14 brumaire an II), ils n'admettaient le principe de la prohibition qu'avec une restriction considérable : la force probante attachée à la possession d'état quand la paternité était en fait avouée par le père.

Il ne faut donc pas s'étonner de voir dans les premières propositions de loi tendant à tempérer la rigueur de l'art. 340 la possession d'état prévue comme un des cas pouvant justifier une action en justice (Prop. Rivet à la Chambre en 1883, Bérenger au Sénat en 1878).

C'est qu'en effet, beaucoup d'esprits appartenant aux opinions les plus opposées : hommes de lettres, philosophes, économistes, avaient pris tour à tour la défense des enfants naturels non reconnus par leur père, et avaient fini par ébranler l'opinion.

« Rien encore, dit M. Lefebvre, n'était écrit pour permettre la recher-
« che de la paternité, dont la prohibition était le principal défaut de notre
« Code et sa décision la plus injuste, puisqu'en saine morale, qui fait
« l'enfant doit en prendre la charge. Il était laissé aux hommes de tout
« âge trop de facilités d'abuser de la jeunesse et de la pauvreté des jeunes
« filles, si exposées dans les classes ouvrières... » (Op. cit. P. 214).

Nous lisons de même dans Planiol, à propos de l'art. 340 :

« C'était une des plus mauvaises dispositions du Code civil. L'irres-
« ponsabilité absolue du père naturel était une prime à la débauche et au
« libertinage, et la cause principale de l'augmentation croissante du nom-
« bre des enfants naturels. Il n'est que juste d'obliger le père naturel
« aux lourds sacrifices que s'imposent les parents légitimes pour l'éduca-
« tion de leurs enfants...» (I. 8e édit., 1522).

La loi du 16 novembre 1912 a eu pour but de remédier à ces néfastes effets de la prohibition posée par le Code. (Sur cette loi, voir D. 1912, 4, 113).

Il est incontestable, en effet, que si les auteurs de la loi se sont préoccupés du sort de la fille-mère et de l'enfant naturel, ils ont vu aussi dans la nouvelle législation un moyen de combattre le concubinage, ainsi qu'en témoigne l'extrait suivant du rapport de M. Guillier au Sénat :

« Elle (la réforme proposée) aurait en outre, à leurs yeux, une haute
« portée morale. L'impunité qui couvre aujourd'hui la débauche, faisant
« désormais place à une responsabilité effective, ceux qui seraient trop
« facilement enclins à séduire une femme y regarderont de plus près avant
« de s'engager dans leurs entreprises de libertinage... Le jour où l'homme
« sera bien convaincu que des relations nouées avec une femme seront
« susceptibles, en cas de survenance d'enfant, de donner lieu contre lui
« à une action judiciaire, le sentiment de sa responsabilité pécuniaire lui
« imposera une salutaire réserve. Les coureurs d'aventures et les amateurs
« de succès féminins ayant à redouter les investigations de la justice
« civile et se trouvant exposés à subir ses arrêts, se feront plus prudents ;
« les dangers de leurs entreprises rendront celles-ci moins fréquentes.
« La morale publique y trouvera son compte au même degré que l'équité..»

Parmi les hypothèses dans lesquelles la loi de 1912 admet la recherche de la paternité naturelle, il en est deux qui doivent retenir notre attention, car dans les deux cas le législateur a voulu attribuer des effets juridiques aux états de fait résultant des unions illicites :

1° CONCUBINAGE NOTOIRE.

« ... C'est la première fois, dit M. Wahl, qu'une loi mentionne le concu-
« binage et y attache des effets juridiques. On n'est pas arrivé sans peine
« à lui faire adopter une attitude aussi franche. » (Rev. trim. dr. civ. 1913, P. 32).

La Commission du Sénat proposait, en effet, le texte suivant : ... « Dans « le cas où il y a eu *cohabitation notoire* entre le père prétendu et la mère « pendant la période légale de la conception. » Lors de sa première délibération, le Sénat fut saisi d'un amendement visant le concubinage notoire dans l'habitation du père prétendu. A l'appui de ce texte, M. Richard, puis MM. de Lamarzelle et Barthou, ministre de la justice, firent remarquer que le mot « cohabitation », employé par la commission pouvait être interprété de telle sorte qu'un homme n'ayant eu aucun rapport avec la mère verrait peser sur lui une présomption de paternité : ils citèrent le cas d'un homme , veuf ou célibataire ayant une domestique — celui d'un valet de chambre, d'un garçon de ferme vivant sous le même toit qu'une servante attachée aux mêmes maîtres, et ils exprimèrent la crainte de voir des femmes malhonnêtes exploiter ces circonstances, alors que le danger ne serait pas à redouter si l'on employait le mot « concubinage » dont le sens est bien déterminé.

Le rapporteur, M. Guillier, répondit que la modification proposée ne lui paraissait pas nécessaire, la commission n'ayant entendu viser que le « faux ménage, c'est-à-dire la vie commune menée par un homme et une femme qui ne sont pas engagés dans les liens réguliers du mariage, mais qui, pour le public, se présentent et agissent comme s'ils étaient mariés ». De plus, ajouta-t-il, on peut hésiter à introduire dans le Code le mot « concubinage ». M. Barthou, insista cependant pour l'adoption de ce terme, qui ne laisse place à aucune équivoque, et que le Code n'ignore pas puisque l'art. 339 C. pén. punit l'entretien par le mari d'une concubine au domicile conjugal.

L'amendement Richard fut donc adopté : d'autre part, son auteur retira la partie du texte qui exigeait que le concubinage ait eu lieu « dans l'habitation du père prétendu », après que le rapporteur eut montré que les conséquences du concubinage sont identiques quelle que soit l'habitation qui a servi de résidence au faux ménage.

Le nouvel art. 340 a donc réalisé une extension mitigée de la règle : « *Pater is est...* » à la filiation naturelle. « ... La loi, dit M. Wahl, fonde « une présomption de paternité sur la communauté de vie étrangère au « mariage, tout en laissant au juge — ce qui se conçoit, étant donné que « *a priori*, on ne peut supposer la même fidélité chez une concubine que « chez une femme légitime — le plus large pouvoir d'appréciation. Ce « pouvoir d'appréciation empêche les abus... »

Mais il y a eu, en doctrine et en jurisprudence, des difficultés pour savoir ce qu'il faut entendre par « concubinage notoire ». (Voir la note de M. Duparcq au D. 1920, 2, 90).

Dans une première opinion, s'il est entendu que la cohabitation n'implique évidemment pas le concubinage, la réciproque n'est pas vraie, et le concubinage notoire, dans le sens de la loi de 1912, suppose nécessairement une cohabitation habituelle, continue entre un homme et une femme livant maritalement. Si donc, il n'y a pas entre un amant et sa maîtresse une résidence commune, habituelle et fixe au lieu où demeure l'un d'entre

eux, on ne peut pas, quoique leurs relations soient fréquentes et assidues, les considérer comme vivant en état de concubinage notoire. (En ce sens : Vigié. Lois nouvelles, 1913, 1re partie. P. 14, nos 29 et suiv. — Nancy, 3 janv. 1914. — Seine, 21 déc. 1915 et Paris, 9 nov. 1916; Bordeaux, 20 nov. 1916 au D. 1920 - 2, 93, 96, 97. — Paris, 15 mars 1916 au D. 1917. 2.118).

A l'appui de cette opinion, on invoque le passage suivant du rapport Guillier :

« ... Quand un homme et une femme se sont entendus pour mener la « vie commune, quand leur réunion sous le même toit ne peut s'expliquer « par aucun motif, tel que la domesticité, quand ouvertement ils ont « donné à leur association l'apparence d'un faux ménage, la survenance « d'un enfant implique logiquement qu'il est issu des œuvres de l'homme. « De cet état de fait, qualifié concubinage, découle une présomption, « laquelle combinée avec les circonstances qui ont entouré l'accouche- « ment, fournit une base très légitime et très sérieuse à l'induction « permettant d'affirmer que l'enfant est né des rapports de la femme avec « son concubin. »

Certains auteurs, au contraire, estiment que le concubinage notoire suppose l'habitude ou tout au moins la fréquence des relations, mais n'implique pas nécessairement le ménage, la cohabitation entre concubins :

« Il n'est pas nécessaire..., dit M. Wahl, que les concubins vivent en- « semble ; ils peuvent avoir une existence séparée et avoir une existence « commune qui suffit pour appliquer la présomption. » (Op. cit. P. 41 no 43).

« ... Le concubinage, dit M. Planiol, est constitué essentiellement par « des relations intimes prolongées pendant un temps suffisant pour n'avoir « pas le caractère d'un fait accidentel et isolé ; il suppose l'*habitude*, ou « tout au moins la *fréquence* des relations ; il n'implique pas le *ménage*. » (Note, sous Trib. Belfort, 23 déc. 1913. D. 1914, 2, 98. — Voir aussi : I. 8e éd., 1526).

(Voyez encore dans le même sens : Aubry et Rau (5e éd. t. 9, § 569, p. 275, note *octodecies*). — Répert. D. Vo Filiation, no 431).

Cette seconde conception nous paraît préférable, car la présomption de paternité attachée par la loi au concubinage est fondée sur la seule existence des relations, et il importe peu que celles-ci entraînent ou non la constitution d'un ménage commun. Si l'on admettait d'ailleurs la solution contraire, les débauchés retrouveraient souvent l'impunité qu'ont voulu faire cesser les auteurs de la loi de 1912. A la vérité, les chances sont peut-être plus grandes pour qu'il y ait fidélité au cas de cohabitation, mais on ne peut en tirer argument, puisque l'art. 340 admet d'une manière générale la recevabilité de l'exception « *plurium constupratorum* ».

Cette doctrine a été nettement formulée dans un arrêt de la Cour de Nancy du 28 novembre 1918 : «... Ce qui est à considérer pour qu'il y « ait concubinage, c'est le lit commun bien plus que l'habitation ou la « la table commune. » (D. 1920, 2, 98).

Elle s'appuie, elle aussi, sur les travaux préparatoires (rapport Viollette à la Chambre) :

« ... Le concubinage vise tous les ménages irréguliers. Il n'est même « pas indispensable qu'il y ait une cohabitation constante du père et de « la mère ; et il ne faut pas hésiter à comprendre sous cette rubrique « jusqu'aux liaisons, assez fréquentes dans un certain monde, dans les- « quelles la maîtresse vit en dehors du domicile particulier de son amant. « Puisque le concubinage est notoire et puisque le père prétendu ne peut « se prévaloir de l'inconduite de sa maîtresse, les rapports constants de « cette dernière avec son amant créent une situation analogue, toutes pro- « portions gardées, à celle qui résulte du mariage. »

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation semble bien avoir statué conformément à la seconde opinion : Req., 12 janv. 1921 (Gaz. Trib., 4 et 5 mars 1921).

2° PARTICIPATION DU PRETENDU PERE A L'ENTRETIEN ET A L'EDUCATION DE L'ENFANT.

C'est incontestablement sous l'influence des théories de Demolombe que le législateur de 1912 a rendu dans ce cas l'action en déclaration judiciaire de paternité recevable. En effet, dans son rapport au Sénat, M. Guillier s'appuie sur l'autorité de l'illustre auteur, dont il reproduit les arguments en faveur de la possession d'état. (D. 1912, 4, 121).

Cette innovation a d'ailleurs été assez critiquée par M. Wahl :

« ... On a voulu, dit-il, conformément à l'opinion autrefois soutenue « par Demolombe, mais que tous les auteurs modernes repoussent, intro- « duire la possession d'état dans la preuve de la paternité naturelle. En « réalité, on ne l'a pas fait ; on a créé une preuve toute particulière ; « cette preuve, comme nous le montrons ailleurs, n'équivaut pas à la « possession d'état et, en revanche, la possession d'état ne constitue pas « une preuve de la filiation naturelle. » (Op. cit. P. 41, n° 44).

Nous lisons en effet *suprà*, sous la plume du même auteur :

« ... En matière de filiation légitime, la possession d'état s'établit, « suivant l'art. 321, par « une réunion suffisante de faits qui indiquent « le rapport de filiation et de parenté ». Parmi ces faits, qui doivent « être concordants, et qu'on résume par la formule *nomen*, *tractatus*, « *fama*, la circonstance que le père a traité l'enfant comme son enfant « et a pourvu en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son « établissement ne constitue qu'un des éléments de la preuve, le *tractatus*. « En matière de paternité naturelle, elle fournit à elle seule une preuve « complète ; bien mieux, les soins et l'éducation suffisent, l'établissement « n'est pas nécessaire. A ce point de vue, donc, la preuve de la filiation « naturelle est plus facile que celle de la filiation légitime, mais par une « véritable incohérence, les autres faits visés par l'art. 321 n'entrent, « dans la recherche de la paternité naturelle, même pas en ligne de compte. « Et cette incohérence est volontaire... Et pourquoi, la possession d'état « étant écartée comme trop grave, a-t-on accepté la preuve par une partie

« seulement des faits qui la constituent ? C'est ce qu'on n'a pas essayé « d'expliquer. On comprend que la loi n'exige pas, comme pour la filia- « tion légitime, que l'enfant ait été « reconnu pour tel dans la famille », « l'enfant naturel n'ayant aucun lien de parenté avec la famille de son « père; mais on ne s'explique pas que sur les autres points, la loi nouvelle « n'ait pas admis la possession d'état comme preuve.

« Le rapport à la Chambre part d'une erreur plus lourde. Il s'imagine « que la loi a créé une possession d'état toujours moins rigoureuse que « celle qui est exigée pour la filiation légitime et non pas seulement dif- « férente de celle-ci. Cela aurait été désirable ; car, comme le porte ce « rapport : « Même le père qui a reconnu un enfant naturel et qui accepte « délibérément toutes les conséquences et toutes les charges de la pater- « nité, ne tient pas toujours, pour diverses considérations de situation « ou de famille, à avouer cet enfant comme on avoue un enfant légitime. « Il est donc très normal que pour prouver par la possession d'état qu'on « est enfant naturel de tel père qui vous a hautement reconnu, on ne « puisse pas être astreint à satisfaire rigoureusement à toutes les con- « ditions de l'art. 321. » (Op. cit. n° 15).

Ces critiques nous semblent justifiées; il est certain que pendant les discussions de la loi de 1912 on a confondu à tort avec la possession d'état le simple « *tractatus* ». Si l'on avait exigé en outre la « *fama* », l'on eût sans doute évité de nombreuses difficultés dans l'application de la loi.

M. Wahl conclut, contrairement à l'opinion du rapporteur de la Chambre, que l'interprétation restrictive s'impose pour apprécier cette possession d'état spéciale telle qu'elle est définie par le Code. (Op. cit. n° 18).

Il a été jugé en ce sens par la Cour de Caen (8 juillet 1914, D. 1920, 2, 94) que le payement des frais d'accouchement de la mère et l'entretien de l'enfant pendant un certain temps ne suffisent pas pour autoriser la déclaration judiciaire de paternité ; il faut en outre que ce soit en qualité de père que l'homme auquel l'action tend à faire attribuer cette paternité ait pourvu ou participé à l'entretien de l'enfant. Spécialement, la paternité alléguée n'est pas légalement démontrée lorsque le père prétendu l'a toujours répudiée et que s'il a fourni à la mère quelques subsides, ce n'était pas en qualité de père de l'enfant, mais pour empêcher les réclamations et le scandale dont il était menacé par la mère, qui, devenue enceinte pendant qu'elle habitait sous son toit, cherchait à le rendre responsable de sa grossesse.

CHAPITRE VI.

Limitation des droits de l'enfant naturel

Il ne peut être question ici d'étudier en détail quels sont les droits héréditaires qu'accorde notre loi aux enfants naturels. Outre que le sujet est bien connu, les développements qu'entraînerait un exposé complet déborderaient du cadre de cet ouvrage. Mais on nous permettra de reproduire le passage suivant d'Aubry et Rau qui nous semble résumer d'une manière très heureuse tout à la fois les règles qui s'imposent au législateur en cette matière délicate et l'évolution de notre législation :

« Tout en admettant la recherche de la paternité, l'ancien Droit était, « envers les enfants illigitimes, d'une excessive rigueur. En général, et « sauf les exceptions introduites par quelques coutumes, les droits attri- » bués aux bâtards, sur les successions de leurs père et mère, se réduisaient « à des aliments. Ces derniers ne pouvaient avantager leurs bâtards, « soit par des donations entre vifs, soit par testament, que dans une cer- « taine limite, qui variait suivant les différentes coutumes. Un bâtard « venait-il à décéder sans laisser de postérité légitime ou de conjoint, et « sans avoir fait de testament, son hérédité appartenait au roi, ou au « seigneur justicier, par droit de bâtardise.

« La législation intermédiaire tomba dans un excès contraire. La loi du « 4 juin 1793 avait posé en principe que les enfants nés hors mariage suc- « céderaient à leurs père et mère dans la forme qui serait déterminée. « La loi du 13 brumaire an II alla plus loin encore : elle admit les enfants « naturels à succéder à l'égal des enfants légitimes, non seulement en « ligne directe, mais même en ligne collatérale. Ces trois lois furent sui- « vies de plusieurs autres ayant pour objet d'en régler l'application...

« Le Code civil, auquel quelques personnes ont reproché de traiter les « enfants illégitimes avec une rigueur exagérée, tandis que d'autres l'ont « accusé de se montrer envers eux d'une excessive indulgence, nous pa- « raissait avoir heureusement évité ces deux écueils.

« En établissant, quant au droit de succession, des différences profon- « des entre les enfants naturels et les enfants légitimes, le législateur « avait rendu *hommage aux bonnes moeurs qui ne permettent pas de placer « sur la même ligne les enfants issus du mariage et ceux qui sont le fruit « du concubinage...*

« *L'esprit de notre législation a beaucoup changé, sur tous ces points, dans ces vingt dernières années.* »

« La loi du 25 mars 1896, tout en maintenant le principe d'une diffé- « rence, quant au droit héréditaire, entre les enfants naturels et les en- « fants légitimes, a beaucoup diminué, dans la dévolution et dans la

« transmission de la succession de leur auteur commun, l'écart que le « Code civil avait mis entre les uns et les autres (art. 756 à 766 nouveaux). « De plus, par une distinction au moins inattendue entre la donation « et le testament, elle paraît avoir sollicité de leur auteur de rétablir « entre eux l'égalité complète, et de faire ainsi pour l'époque de son décès « ce qu'il semble qu'elle n'ait pas voulu faire elle-même. » (5e édit. t. 9, nº 566, P. 219).

L'appréciation de M. Planiol n'est pas moins sévère. Après avoir signalé le développement inquiétant du concubinage à l'époque contemporaine, il ajoute en effet :

« ... Cela n'empêche pas le législateur moderne de pousser de tout son « pouvoir à l'abandon du mariage en *améliorant systématiquement la « situation de l'enfant naturel* ; depuis 1896, les gens non mariés peuvent « se donner, par un simple concubinage, des enfants qui ont, par rapport « à eux, des droits équivalents à ceux des enfants légitimes... Tous ceux « qui n'attendent pas des successions de leurs familles sont ainsi sollici- « tés par la loi elle-même à s'affranchir des liens du mariage. » (I. 697, note 2).

Postérieurement à 1896, la loi de 1898 sur les accidents de travail (arte 3, lettre *b*) a accordé aux enfants naturels et aux enfants légitimes de la victime les même droits à pension.

« ... Cette assimilation se justifie, lisons-nous encore dans Aubry et « Rau (T. 5, 5e éd. nº 372 *ter*, note 55, p. 503) par cette considération que « les rentes attribuées, en vertu de la loi du 9 avril 1898, n'ont pas le « caractère d'un droit recueilli par l'enfant dans la succession de ses « père et mère, mais bien d'une pension alimentaire remplaçant la créance « d'aliments que l'enfant est désormais dans l'impossibilité de faire valoir « à l'encontre de son auteur disparu. Or, le droit aux aliments est égal « pour les enfants naturels reconnus et pour les enfants légitimes... »

Les mêmes auteurs ajoutent (nº 566, note 6, p. 220) :

« Il y a là toute autre chose qu'un droit de succession, et il ne serait « pas exact en législation de considérer ce texte comme l'amorce de modi- « fications nouvelles au régime successoral établi en 1896. »

Nous nous plaisons à reproduire cette affirmation, avec l'espoir que nos législateurs contemporains n'y contrediront pas. Il serait, en effet, d'autant moins surprenant de voir les défenseurs trop zélés des enfants naturels se baser un jour sur ce texte comme précédent législatif qu'une solution analogue a été donnée par des lois postérieures : la loi du 29 décembre 1905 sur la caisse de prévoyance des marins français (art. 7), loi du 14 juillet 1898 sur les invalides de la marine (art. 9), loi du 11 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nombreuses (art. 2), et enfin, loi sur les pensions militaires du 31 mars 1919 (art. 20 et 25).

D'autre part, nous estimons que même en matière de droits alimentaires ou de secours, le législateur ne doit pas se départir d'une certaine circonspection, et doit éviter de léser les droits des enfants légitimes. A cet égard, nous croyons intéressant de faire connaître un incident qui se

produisit au cours de la discussion de la loi sur les pensions comme un exemple caractéristique de la légèreté manifestée trop souvent, hélas, par nos Chambres lorsqu'elles touchent aux règles fondamentales du droit de la famille.

M. Jenouvrier souleva, en effet, devant le Sénat, une importante question, qui ne fut pas tranchée

Avant de reproduire la discussion, nous donnons ci-après le texte des articles de la loi qui la provoquèrent :

« Art. 25. — Les enfants naturels reconnus ont droit à pension... S'il « y a une veuve ou des enfants légitimes, la pension des enfants naturels « se calcule, dans l'ensemble, comme celle qui serait allouée par appli- « cation de l'art. 20 aux orphelins du premier lit. »

« Art. 20. — Lorsque le défunt laisse des enfants mineurs issus d'un « mariage antérieur, le principal de la pension à laquelle aurait droit la « veuve se partage également entre les deux lits. »

M. Jenouvrier fit à ce propos les observations suivantes :

« La lecture de l'art. 25 me cause une préoccupation assez grave. Cet « article se réfère à l'article 20, qui prévoit une hypothèse très fréquente... « Cela se comprend puisque, manifestement, l'enfant du premier lit, « plus âgé que ceux du second lit, atteindra sa 21e année avant ses demi- « frères ou sœurs. Or, que va-t-il se produire avec l'art. 25 ? Si le soldat « mort laisse des enfants légitimes et un enfant naturel reconnu, la pension « va se partager en deux parties distinctes, une moitié pour les enfants « légitimes, et l'autre pour l'enfant naturel. Ce dernier, qui pourra être « plus jeune que ses demi-frères légitimes, va absorber à lui tout seul, « la moitié de la pension. Il y a là quelque chose de choquant. Je veux « bien être aussi libéral que possible pour les enfants « hors famille » : « ils n'y sont pour rien, mais il ne faut tout de même pas leur donner une « situation plus favorable que celle des enfants légitimes. Or, l'article « qu'on vous propose peut conduire un enfant naturel à prendre à lui, « seul la moitié de la pension, tandis que cinq ou six enfants légitimes « nés avant lui, n'auront à se partager que l'autre moitié. Cela est inad- « missible. »

M. le rapporteur: « Les articles 20 et 25 ont déjà été votés par le Sénat, « et ils n'ont point subi de modification de la part de la Chambre. Je « reconnais que *ce n'est peut-être pas une raison suffisante*, mais il me paraît « *difficile, et contraire à nos méthodes* de remettre en cause une loi pour « un texte que nous avons déjà voté. »

M. Jenouvrier : « Il est toujours temps de réformer un texte mal venu ; « je demande au Sénat le renvoi à la commission de l'art. 25 . »

M. Fabien Cesbron : « C'est à prendre ou à laisser. »

M. Jenouvrier : « Il est donc entendu que désormais un enfant naturel « recevra la moitié de la pension et que l'autre moitié se partagera entre « les cinq ou six enfants légitimes laissés par le *de cujus*. C'est vraiment « choquant ! »

Le rapporteur, pour clore la discussion, se contenta d'émettre cette simple affirmation :

« *Il me paraît impossible* que les droits de l'enfant naturel puissent « porter une telle atteinte à ceux des enfants légitimes. »

(Sénat, séance du 28 mars 1919. *J. O.* du 29 . P. 387).

CHAPITRE VII.

La parenté ou l'alliance naturelle considérées en tant qu'empêchement au mariage

L'on a pu se demander de bonne heure si la parenté naturelle, qui constitue, aux termes du Code civil (art. 161 et 162), un empêchement au mariage, doit être légalement établie par une reconnaissance volontaire ou par un jugement, car en cette matière la loi ne rappelle pas, comme elle le fait toujours, le principe en vertu duquel la parenté naturelle ne produit d'effets légaux qu'autant qu'elle est régulièrement constatée par l'un de ces deux modes. (Planiol I. 653 et 727).

L'opinion générale est qu'il y a lieu d'appliquer cette règle comme dans les autres cas, à défaut d'un texte qui y déroge formellement.

Cette solution nous paraît critiquable. Nous lisons à cet égard dans Colin et Capitant : « Le système le plus satisfaisant pour la morale et le « bon sens est celui qui se contente, pour qu'il y ait obstacle au mariage, « d'une parenté naturelle existant de notoriété publique. Autrement, « on pourrait assister à scandale d'un père épousant publiquement sa fille ! « Vainement objecte-t-on que la parenté naturelle non établie est un fait « qui ne produit aucune conséquence juridique... La loi nous semble avoir, « par son texte même, tranché la difficulté. Lorsqu'il s'agit de savoir si « la nécessité du consentement des parents s'impose au mariage des en- « fants naturels comme des enfants légitimes, l'art. 158 a soin de ne sou- « mettre à l'assimilation que les enfants « légalement reconnus ». Au « contraire, les art. 161 et 162 parlent des « ascendants et descendants « naturels », des « frères et sœurs naturels », sans plus, lorsqu il s'agit « de déterminer la portée de l'empêchement au mariage. » (T. 1, 1re éd. P. 143).

Et MM. Colin et Capitant résolvent de même la question soulevée à propos de l'alliance naturelle. En ce sens : Trib. Versailles, 13 janv. 1892 (S. 92, 2, 92).

Mais la majorité des auteurs, poussant plus loin encore leur système d'interprétation restrictive, décident même que l'alliance ne met obstacle au mariage que lorsqu'elle résulte d'une union légitime : l'affinité naturelle ne constitue donc pas un empêchement, le concubinage fût-il même établi par une reconnaissance d'enfant naturel. (Voir C. civ. ann. D. art. 161, nº 18).

Dans ce sens, la Cour de Nîmes, par arrêt du 3 décembre 1811 (S. 1812, 2, 438) a jugé qu'un père ne peut pas fonder une opposition au mariage de sa fille avec l'amant de sa femme, sur le motif qu'il existe entre eux une affinité naturelle.

La Cour de Chambéry a de même jugé, le 7 février 1885 (D. 85, 2, 241) que le Code n'a pas compris au nombre des causes de nullité de mariage l'affinité illégitime ; en l'espèce des rapports illicites avaient existé entre l'un des époux et l'ascendant de l'autre.

Cependant, quelques auteurs ont soutenu, et à juste titre croyons-nous, que l'affinité illégitime doit être assimilée à l'alliance, car rien n'établit que les auteurs du Code aient entendu rompre avec l'ancienne jurisprudence fixée en ce sens, conformément aux principes du droit canonique, et parfaitement justifiée :

« On doit... assimiler, disent Aubry et Rau, à l'alliance civile proprement dite... l'affinité naturelle qui s'est formée par un mariage depuis annulé, ou même par un commerce illicite, à supposer d'ailleurs que la preuve en soit légalement établie. » (4e éd. T. 5, § 461, note 13, p. 58).

Nous lisons encore au tome 7 du même ouvrage (5e éd. p. 85) :

« ... Ces auteurs (c'est-à-dire ceux qui n'admettent pas l'empêchement) se fondent sur ce que l'alliance ne peut résulter que du mariage et sur ce que la loi ne permet de rechercher la preuve du concubinage que pour punir l'adultère. Mais le premier de ces motifs est une véritable pétition de principe, puisque le Code n'a point défini l'alliance et que le droit canonique donne positivement le nom d'affinité au lien naturel qu'engendre un commerce illégitime. Il était généralement admis autrefois, comme l'atteste Pothier, que cette espèce d'affinité engendrait un empêchement au mariage. Or, il est difficile de croire que les rédacteurs du Code aient voulu répudier cette jurisprudence, fondée sur les motifs les plus graves de morale ou d'honnêteté publique, et autoriser ainsi le mariage d'un concubinaire avec la propre fille de sa concubine... »

«... La Cour de Nîmes précise : il s'agit d'un commerce illicite dont la preuve est légalement établie à l'époque où l'empêchement est opposé. Nous ferons observer qu'en exigeant cette preuve de commerce illicite d'où résulte, selon nous, l'empêchement dirimant, nous pensons échapper à l'objection la plus sérieuse qu'on peut faire contre l'admission de cet empêchement dirimant, et qui tient au caractère scandaleux des recherches que cet empêchement dirimant est de nature à provoquer ; à raison de la nature de la preuve que nous exigeons, ces recherches se réduisent à peu de chose, et le scandale se sera déjà produit en dehors d'elles».

Cependant, dans une décision relativement récente (Trib. Seine, 21 juin 1907, D. 1908, 5, 5), la jurisprudence a formulé à nouveau le principe que le concubinage, ne produisant aucune alliance entre les concubins, ne peut créer des empêchements au mariage entre l'un des concubins et les parents de l'autre ; spécialement, il n'y a aucun empêchement légal entre un homme et la fille même légitime de la femme qui a été sa concubine, alors même (1) que le concubinage serait établi en fait par la reconnaissance que les deux concubins auraient faite d'un enfant naturel issu de leurs relations.

On peut regretter que la jurisprudence, qu'aucun texte ne liait dans ces questions, ne se soit pas fixée dans un sens plus favorable aux bonnes mœurs.

CHAPITRE VIII.

Le mandat tacite entre concubins

La jurisprudence, on le sait, reconnaît à la femme mariée le pouvoir de représenter son mari, en vertu d'un mandat sous-entendu, pour les fournitures nécessaires au ménage et les dépenses courantes.

Peut-on admettre l'existence d'un pareil mandat dans les communautés de fait entre concubins ?

La jurisprudence s'est d'abord prononcée pour la négative :

« Le mandat tacite suppose le mariage, dit M. Planiol. Il en résulte « qu'il n'existe pas dans les faux ménages ; le concubin n'est pas obligé « de payer les dettes de sa pseudo-épouse. (Trib. Seine, 11 déc. 1901. D. « 1902. 2. 133 - 6 juin 1902. D. 1904. 2. 238). C'est une des nombreuses « faveurs que notre législation et notre jurisprudence octroient à l'envi « aux gens qui fuient les liens du mariage. Le tribunal va jusqu'à dire « que les fournisseurs ont commis une faute en ne se renseignant pas ! « Il serait étonnant qu'avec toutes les primes qu'on lui accorde, l'union « libre ne se répandit pas au détriment du mariage. » (III. 1100 *bis*).

L'on peut citer dans le même sens : les quatre arrêts de Paris de 1872, 78, 94, 90 reproduits en sous-note au D. 1904, 2, 238 — Trib. Lyon, 28 oct. 1898 et Lyon, 11 décembre 1898. (Gaz. Pal. Tables 1897-1902. V° Fournitures n°s 1 et 2) — Trib. Paix, Paris (V^e^) 17 janv. 1908 (Gaz. Trib. 7 fév. 1908).

(1) La Cour de Grenoble (29 janv. 1889, P. F. 1889. 2.54) semblait bien avoir admis la solution contraire.

Toutefois, un arrêt d'Alger du 20 juin 1906 a décidé qu'on pouvait étendre à la concubine le mandat tacite reconnu à propos de la femme mariée (Gaz. Pal., Tables 1912-20, V° Fournitures, n° 11). La jurisprudence a continué d'évoluer dans un sens contraire aux premières solutions qu'elle avait données, mais cependant sans adopter la thèse de la Cour d'Alger.

Un jugement du Tribunal de Paix de Lyon du 15 février 1908 parle encore, lui aussi, de mandat tacite, mais il relève que le demandeur a été victime de la faute du concubin, qui tolère qu'une personne avec laquelle il vit porte son nom ; la décision invoque expressément l'art. 1382 pour condamner le concubin. (Voir l'ouvrage de M. Leroy, p. 175).

Par un jugement du 27 octobre 1909 (D. 1912, 2, 216) le Tribunal de Nice a décidé très nettement que celui qui fait passer sa concubine pour sa femme légitime commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité envers ceux qui contractent avec la concubine en croyant qu'elle est sa femme légitime et par suite sa mandataire tacite pour les achats nécessaires à sa toilette :

« ... Attendu en effet, que sans qu'il soit besoin de rechercher si la « dame qui cohabitait avec lui était ou n'était pas sa femme légitime, « il suffit de constater qu'il la faisait passer pour telle, et que cette qualité « devait inspirer confiance aux fournisseurs qui lui accordaient le crédit « qu'ils attribuaient à un riche ménage étranger ; qu'en agissant de la « sorte M. *a commis une faute* qui engage sa responsabilité envers ceux « qui ont traité avec la soi-disante Mme M. tout comme si elle avait été « sa vraie femme, réputée sa mandataire tacite pour les achats nécessai- « res à sa toilette selon ses facultés et son état...»

Cet exemple nous fait bien voir quel fondement on peut donner à la nouvelle jurisprudence : le Tribunal a maintenu en somme le mandat tacite à titre de pénalité contre le concubin. Il y a là quelque chose d'analogue à la décision admise lorsqu'un mineur a commis des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité : s'il faisait annuler le contrat passé, il serait obligé de réparer le préjudice qui en résulterait pour l'autre partie; il est plus simple de prévenir le préjudice en maintenant le contrat. (Planiol III, 1088).

Nous approuvons cette jurisprudence, qui met fin à la faveur dont bénéficiaient les concubins, et que M. Planiol a justement critiquée ; son fondement quasi-délictuel est conforme à l'opinion que nous nous faisons du concubinage ; la vie maritale que mènent les concubins — illicite en elle-même — ayant ici pour résultat de léser des tiers constitue bien un quasi-délit donnant lieu à l'application de l'art. 1382.

On peut citer dans le même sens : Trib. Paix, Paris (XIV^e^), 10 mars 1910 (Gaz. Trib. 19 avril 1910). Trib. Paix, Nogent-sur-Marne, 28 janv. 1910 (motifs), (Gaz. Pal. 1910, 1, 397).

Cette dernière décision fait judicieusement observer que « les tiers, avant de contracter, ne peuvent exiger de ceux avec qui ils traitent, qui ne manqueraient pas d'ailleurs de trouver la question au moins indis-

crète, s'ils ont oui ou non un livret de famille », et reproduit ensuite les principes déjà formulés par le Tribunal de Nice :

« Attendu, d'autre part, en droit que la situation de fait des concubins, « si elle n'est pas, comme on le comprend, pénalement répréhensible, « constitue pour eux, au point de vue civil, une *faute certaine*, quand, « par l'erreur dans laquelle ils induisent les tiers qui traitent avec eux, « et qui n'ont à voir que cette situation de fait, ils portent un préjudice « à ces tiers ;

« Attendu qu'ainsi et dans ce sens constitués en faute, les concubins « doivent réparation du dommage qu'ils causent dans les termes du droit « commun des art. 1382 et suiv. C. civ... »

L'on peut voir encore dans ce sens : Trib. Seine, 10 juill. 1912 (Gaz. Trib. 12 novemb. 1912) Trib. Paix, Paris, 11 nov. 1912 (Gaz. Trib. 13 juin 1913).

« ... La formule qui résumerait le mieux, dit M. Demogue, l'état actuel « de la jurisprudence sur le prétendu mandat tacite de la concubine serait « celle-ci. Il y a tout au moins pour le concubin une faute dont il doit « répondre, s'il a fait passer une personne pour sa femme légitime. » (Rev. trim. dr. civ. 1912, p. 1015).

Cette formule semble bien avoir été à nouveau consacrée par le Tribuna civil de Bordeaux dans un jugement du 9 février 1911 (Gaz. Pal. Tables 1912-20, V° Fournitures, n° 1), dont le sommaire suit : 1

La concubine ne peut être considérée comme le mandataire tacite de celui dont sans droit elle a pris le nom. Mais celui qui n'ignore pas que la concubine fait usage de son nom auprès des fournisseurs, qui la fait passer pour sa femme légitime et qui profite des fournitures à elle faites, commet un quasi-délit permettant aux fournisseurs de lui réclamer le paiement des dites fournitures.

Cette théorie ne serait donc pas applicable si le commerçant, lorsqu'il a traité avec la concubine, savait qu'il avait affaire à un faux ménage. En effet, dans ce cas, il ne saurait être question de préjudice résultant de la faute du concubin. En décider autrement conduirait à des conséquences choquantes, car le commerçant, dans l'hypothèse considérée, est lui-même en faute : d'une part, on peut estimer qu'il s'est montré complice des concubins, et d'autre part, il a dû savoir qu'il n'aurait pas de recours puisqu'il s'adressait à un ménage illégal.

CHAPITRE IX

La légitimation des enfants naturels

La légitimation par mariage subséquent, création du droit canonique, était devenue de droit commun dans l'ancienne France sous l'influence de considérations d'humanité :

« En offrant aux parents comme présent de noces la légitimation de « leur enfant, lisons-nous dans Baudry-Lacantinerie, le législateur a « voulu les inviter à transformer leur concubinage en mariage légitime. » (Des Personnes, T. 4, p. 737).

Nos anciens auteurs attestent que, dans l'Ancien droit, pour que la légitimation eût lieu, il suffisait que la filiation des enfants fût légalement prouvée par un mode quelconque et à un moment quelconque. Les rédacteurs du Code innovèrent, surtout pour éviter les fraudes et abus. Le Premier Consul disait à ce sujet : « Attribuer des effets à la reconnais- « sance postérieure au mariage, ce serait laisser les familles dans l'incer- « titude et donner la faculté de créer des enfants par consentement mutuel ». (Voir Aubry et Rau, 5e éd., T. 9, p. 82).

En conséquence, l'art. 331 C. civ. n'autorisait la légitimation des enfants nés hors mariages que s'ils ont été reconnus, soit antérieurement au mariage de leurs parents, soit dans l'acte même de célébration. Une reconnaissance datée du même jour que cet acte, mais contenue dans un acte postérieur était insuffisante. L interprétation de l'art. 331 était sur ce point tellement stricte que la Cour de cassation (Civ. 27 décem. 1905, D. 1906, 1, 85, note Binet) n'a admis la validité d'une légitimation faite à la suite de l'acte de célébration, mais par acte distinct, les témoins étant les mêmes, qu'en déclarant qu'il y avait eu « erreur commise par un agent de l'administration municipale ».

L'innovation réalisée par le Code était généralement critiquée, car tout le monde ne connaît pas la loi. Une proposition présentée au Sénat le 21 février 1911 par M. Maizière, en vue de modifier l'art. 331, aboutit au vote de la loi du 30 décembre 1915. (D. 1917, 4, 85). Dans son exposé des motifs, M. Maizière a fait voir combien les critiques étaient fondées :

« Si tous les parents qui, en se mariant, veulent légitimer un enfant « naturel connaissaient cette disposition de l'art. 331, elle n'offrirait « point d'inconvénients. Malheureusement, elle est ignorée de la majorité « du public, et ceux qui l'ignorent sont bien excusables... Dans la croyance « populaire, l'adage « le mariage légitime » est resté aussi exact que l'a- « dage « le mariage émancipe », qui, lui, a été consacré par l'art. 476 C. « civ. De ce que le nom de la mère a été indiqué par le déclarant dans

« l'acte de naissance de l'enfant, ou de ce que la mère seule a reconnu « l'enfant, les parents sont portés à croire que la légitimation est parfaite « par la célébration de leur mariage... »

Dans son rapport supplémentaire, le sénateur Maxime Lecomte a, de son côté, défendu la réforme proposée :

« On a fait une objection qui se trouve déjà dans l'exposé des motifs « de la loi relative à la paternité et à la filiation par Bigot de Préameneu, « c'est que la loi ne doit pas laisser à des époux la facilité de s'attribuer « des enfants par consentement mutuel, en dehors des conditions de « l'adoption. La proposition tient compte de ce danger, et exige, en ce « cas, pour la légitimation, un jugement après enquête et conclusions du « ministère public... Nous croyons bon de spécifier que le jugement est « rendu en Chambre du conseil et que ce jugement doit constater que « l'enfant, ou les enfants que les époux demandent à légitimer, ont eu, « depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun».

Le nouvel art. 331 a été rédigé conformément à ces indications. Il peut être intéressant de remarquer que de nouveaux effets juridiques sont ainsi attachés à la possession d'état d'enfant naturel, déjà retenue par la loi de 1912, comme nous l'avons vu.

D'autre part, afin d'éviter aux nouveaux époux une publicité désagréable, la loi de 1915 a disposé que, dans l'hypothèse normale où la légitimation est concomitante au mariage, l'officier d'état civil qui procède à la célébration doit constater d'un côté celle-ci, de l'autre la reconnaissance et la légitimation dans deux actes séparés.

Signalons enfin que dans le nouvel art. 75 C. civ., la loi du 9 août 1919 a confirmé la pratique de la célébration du mariage *inextremis*, en cas de nécessité absolue.

Il nous semble qu'il serait difficile d'accorder plus de facilités à la régularisation des unions illicites. (1)

---

(1) Pendant la guerre, on a même été plus loin, et l'on a modifié en faveur des mobilisés le principe du droit commun d'après lequel la légitimation ne peut résulter que du mariage : la loi de 1917 a permis, en effet, la légitimation rétroactive, prononcée par jugement, des enfants dont le père est mort au service, à condition que leur filiation maternelle ait été reconnue, et qu'il résulte de documents certains que leurs parents voulaient les légitimer en se mariant. (Voir Wahl. « Le droit civil et commercial de la guerre, n° 410, p. 389).

CHAPITRE X

La légitimation des Enfants adultérins

et le concubinage adultérin

Nous touchons, ici, à l'un des points les plus délicats de notre sujet, à ce qu'on pourrait appeler le concubinage « *extra nuptias* ». Quelle devait être l'attitude du législateur vis-à-vis des enfants nés d'une telle union ?

Elle fut d'abord sévère. Les rédacteurs du Code, soucieux d'éviter les scandales, établirent dans l'art. 335 et l'art. 342 C. civ. une prohibition absolue de la reconnaissance de la filiation adultérine.

La nécessité de cette prohibition n'apparut pas comme démontrée à tous les esprits. Laurent s'éleva avec véhémence contre la sévérité de la loi française qui « refuse à des créatures humaines les soins d'une mère que la nature accorde aux animaux. » — « ... On ne peut nier, dit M. « Planiol, qui cite l'auteur belge, que les père et mère aient des devoirs « envers leurs enfants quels qu'ils soient, et comme le dit Laurent, il « n'y a pas plus grand scandale que de dénier l'action en justice à ceux « qui ont un droit, sous prétexte de scandale. » (I. 1540).

Mais une réaction s'est produite, brutale et exagérée comme toutes les réactions. On peut dire qu'aujourd'hui notre législateur tend de plus en plus à assimiler la famille née de l'adultère à la famille légitime ; il semble réserver ses faveurs aux complices de l'adultère et aux fruits de leurs amours criminelles.

Nous retrouvons ici un aspect de l'éternel conflit d'intérêts qui met aux prises l'individu victime des fautes de ses parents et la société menacée dans son fondement même par la multiplication de telles fautes. Si l'enfant innocent doit pouvoir faire reconnaître sa filiation vis-à-vis de parents oublieux de leurs devoirs naturels, faut-il cependant lui accorder un statut qui l'assimile à l'enfant légitime ? — Peut-il exiger de la société qu'elle oublie le caractère criminel des relations dont il est issu ? Nous ne le croyons pas.

Cependant, ce n'est pas sous cette forme que le législateur moderne a tout d'abord envisagé le problème. Il a pensé d'abord aux parents.

Le législateur de 1804, préoccupé du désir de réprimer la licence des mœurs, engendrée par la Révolution et portée à son comble sous le Directoire, avait reproduit l'antique prohibition interdisant à la femme adultère de se remarier avec son complice et l'avait même généralisée en l'étendant au mari. Comme le disaient Aubry et Rau : « la loi n'a pas voulu « que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adul-

« tère pût, en épousant immédiatement son complice, trouver dans le « divorce même la récompense de ses déportements. » (4e éd. T. 5, p. 83, note 11).

Une violente campagne d'opinion et de littérature fut menée, vers la fin du XIXe siècle, contre cette prohibition, et influa, à n'en pas douter, sur le Parlement (1).

Les arguments les plus spécieux ont été présentés pour faire abroger l'ancien art. 298 : cette disposition, en condamnant à un célibat perpétuel l'époux qui avait violé les lois de la pudeur et du mariage l'obligeait par là-même à persévérer dans ses déréglements ; d'autre part, elle atteignait des innocents en la personne des enfants.

Mais nous ne pensons pas qu'on puisse reconnaître aux complices de l'adultère un droit à régulariser leur union ; l'adultère, qui brise l'union légitime, porte une atteinte directe à l'ordre social ; la société a le droit et le devoir strict de tenir rigueur aux coupables.

L'on nous objectera toutefois que la passion ne calcule pas, que l'expérience a démontré l'inefficacité de l'art. 298 au point de vue répressif... Nous répondrons à nos contradicteurs qu'ils raisonnent volontiers comme si l'homme était toujours entraîné par l'ardeur de ses passions à violer la loi morale. Or, nous croyons au contraire que dans l'état actuel de la société, l'indiscipline des mœurs revêt de plus en plus un autre caractère ; on n'oublie plus simplement les principes de morale, mais on les viole ouvertement, on les néglige délibérément pour satisfaire des désirs qu'on eût qualifiés autrefois d'inavouables, mais qu'on ne cache plus guère aujourd'hui.

Si l'on se place à ce point de vue, on reconnaîtra que la loi de 1904 a donné toute latitude aux époux qui, de sang froid, brisent le lien conjugal. Elle encourage puissamment l'adultère puisque l'époux coupable a maintenant la faculté de rompre sa première union pour se consacrer à sa nouvelle famille, et donner à ses relations le vernis de respectabilité dont le mariage est encore revêtu.

Sans doute, l'ancien art. 298 pouvait mettre obstacle aux désirs de quelques personnes qui auraient voulu racheter leur faute en régularisant leur union, et qui pour cette raison eussent été relativement dignes d'intérêt — nous disons relativement, car enfin il ne faut pas oublier l'époux trompé, dont la vie est d'ordinaire brisée, et qui voit avec douleur le nouveau foyer se fonder sur les ruines de son bonheur. Mais à côté de ces situations, combien d'autres provoquées par la loi de 1904, et où se sera manifestée une préméditation cynique.

Il importe de signaler que l'adoption de la loi de 1904 devait entraîner fatalement celle des lois de 1907 et 1915, et entraînera peut-être un jour de nouvelles mesures en faveur des enfants adultérins.

Si l'on permet, en effet, aux complices de l'adultère de se marier, et de

(1) Voir par exemple le rapport Lintilhac au Sénat, qui fait allusion à un ouvrage des frères Margueritte. D. 1905. 4. 28.

régulariser ainsi leur liaison criminelle, il est illogique de leur refuser le droit de régulariser la situation des enfants qui en sont nés.

Peut-être le législateur de 1901 n'avait-il pas aperçu toute l'étendue du chemin où il allait s'engager ; mais la logique des forces sociales s'impose implacablement aux imprudents qui en rompent sur un point l'équilibre. On ne touche pas impunément aux principes de la morale individuelle ou sociale ; c'est le châtiment de ceux qui leur ont porté une première atteinte d'être contraints de les violer encore sans pouvoir s'arrêter . Les choses vont ainsi jusqu'au moment où la licence devient extrême ; une réaction se produit nécessairement alors, conformément à la grande loi qui de l'excès du mal fait sortir le bien, mais avant d'en arriver là que de misères et de souffrances !

Dès l'instant que les complices de l'adultère étaient admis à contracter un mariage régulier, il parut en effet inacceptable que les enfants, fruits innocents de leurs fautes, se voient refuser le bénéfice de la légitimation.

Une proposition de loi donnant satisfaction à cette tendance fut donc déposée par MM. Viollette et Steeg, le 30 novembre 1906 (D. 1907, 4, 171). Après avoir proclamé qu'ils ne touchaient pas au principe interdisant la reconnaissance des enfants adultérins et qu'ils n'ébranlaient pas les bases de la famille, ces députés déclaraient « *se borner à tirer les conséquences logiques de l'abrogation de l'art.* 298... »

La proposition fut adoptée par la Chambre, mais le Sénat ne crut pas pouvoir accepter une réforme radicale. Dans son rapport, M. Chaumié fit observer que, maintenu dans la généralité de ses termes, le nouvel art. 331 pouvait amener à des conséquences inacceptables; il signalait notamment l'hypothèse suivante :

« ... Un homme marié entretient à côté de son ménage une liaison illé-
« gitime, au cours de laquelle des enfants lui naissent concurremment de
« sa femme et de sa maîtresse. Le mariage se dissout par la mort de la
« femme ; le mari devenu veuf épouse sa maîtresse, et, révélant alors
« par la légitimation de ses enfants adultérins l'existence de ses relations
« coupables en même temps que la date de naissance de ses enfants légi-
« times atteste la continuité de ses relations conjugales, donne une sorte
« de consécration légale à l'état de bigamie dans lequel il a vécu... »

A la suite des observations du Sénat, le texte définitif (loi du 7 novembre 1907) admit donc dans deux cas la légitimation des enfants adultérins : 1° désaveu du mari pendant le mariage ; 2° naissance survenue plus de 300 jours après l'ordonnance prévue par l'art. 878 C. proc. civ. — cas où cependant le scandale n'est guère moins grand que dans l'hypothèse visée par le rapporteur.

Le nouveau texte de l'art. 331 fut l'objet de critiques assez sévères : la loi nouvelle était incohérente, car le législateur, qui , au cours des travaux préparatoires, s'était montré soucieux d'éviter toute confusion de part, en laissait subsister la possibilité; elle était injuste, car l'adultère double était traité plus favorablement que l'adultère simple. (Voir Colin et Capitant, T. 1, 1re éd. P. 308).

Cependant quelques jours après le vote de la loi — dès le 11 novembre — MM. Viollette et Steeg déposaient une nouvelle proposition de loi tendant à permettre d'une façon générale la légitimation des enfants adultérins. Cette proposition fut adoptée intégralement par la Commission de réforme judiciaire et de législation civile et criminelle. Son rapporteur, M. Viollette s'exprimait en ces termes :

« Votre commission a été très frappée des graves inconvénients de la « rédaction votée par le Sénat... et immédiatement elle a décidé de vous « demander de revenir au texte que vous avez préalablement voté, le seul « vraiment équitable. M. Chaumié, dans le rapport qu'il a rédigé, a « prétendu qu'avec ce texte nous allions donner une sorte de consécra- « tion légale à l'état de bigamie dans lequel un homme aurait vécu... « Sera-t-il très osé de dire que la conséquence juridique que le rapporteur « du Sénat nous oppose *ne nous choque pas le moins du monde* ? Nous ne « pouvons pas avoir sérieusement, nous législateurs, la prétention d'em- « pêcher les maris, pas plus que les femmes, de manquer au devoir de fidé- « lité. Que le Sénat vote ou non le texte de la Chambre, il n'y aura pas « dans toute la France une situation irrégulière de plus ou de moins... »

Une telle conception des devoirs du législateur peut paraître, au premier abord, surprenante, mais, à la réflexion, on y discerne l'habituelle équivoque à laquelle ont recours les partisans d'une morale « facile » : sous prétexte que l'objet de la loi n'est pas de prescrire les devoirs de morale individuelle, ils nient toute répercussion de cette loi sur les actes individuels, même quand elle favorise l'immoralité. Il serait plus loyal, en l'espèce, de considérer comme périmé le devoir de fidélité conjugale, et de proclamer légitime l'acte par lequel un époux désireux de « vivre sa vie » contrevient aux engagements sacrés qu'il a contractés lors de son mariage.

Mais, nous ne serons pas étonnés de voir le rapporteur de la Chambre invoquer d'autres arguments, d'une logique incontestable, à l'appui de sa thèse : il lui suffit toujours de rappeler la réforme de 1904 pour se placer dans la discussion sur un terrain solide.

Au cours de la controverse, le rapporteur du Sénat nous apparaît, lui, comme le type par excellence du législateur, qui, après avoir consenti un premier accroc aux principes de la morale traditionnelle consacrée par le Code, s'effraye à la pensée de voir la déchirure se transformer en une brèche béante. Il se trouve engagé dans la lutte classique des extrémistes et de ces opportunistes qui, parce qu'ils perdent de vue les principes, se laissent entraîner dans la voie des concessions, sans se rendre compte qu'il en est certaines qui mènent tôt ou tard à une capitulation.

« ... La seule question qui se pose, dit M. Viollette, ce n'est donc pas « du tout, comme le pense le rapporteur du Sénat, la question des parents ; « c'est la question des enfants, parfaitement innocents, eux, des fautes de « leurs parents Pourquoi dès lors, lorsqu'il s'agit d'administrer le châti- « ment, se garde-t-on bien de l'infliger aux coupables. *Pour eux, on abroge « l'art.* 298 *C. civ.*... Ces unions qui hier encore étaient secrètes, délic- « tueuses, aujourd'hui, par le fait de la mort ou du divorce de l'épouse

« légitime, elles deviennent hautement avouables, très régulières, et « l'officier de l'état-civil, au nom de la loi, unit ceux qui étaient ou au- « raient dû être, quelques jours avant, sur les bancs de la police correc- « tionnelle... Il est tout de même d'une singulière conception de trouver « ce moyen admirable de punir les parents : les frapper dans la personne « de leurs enfants. De sorte que s'ils n'ont pas d'enfants, jamais ils ne « seront punis... »

Singulière conception, répondrons-nous, que cette justice abstraite, qui, négligeant les lois de la solidarité familiale et sociale, oublie que les enfants sont avant tout victimes des fautes de leurs parents, et voudrait que la société réparât bénévolement ces fautes, dût sa sécurité même s'en trouver menacée.

M. Viollette poursuit : « ... Pourquoi permettre la légitimation de ceux « des enfants nés après l'ordonnance et interdire la légimitation de ceux « nés avant ?... Pour que le Sénat puisse avoir raison contre nous, il aurait « fallu qu'il permette de légitimer, non pas les enfants nés plus de 300 « jours après l'ordonnance, mais seulement les enfants nés dans les rela- « tions postérieures... mais pour décider cela, *il aurait fallu revenir sur « l'abrogation de l'art.* 298, car qu'on le comprenne bien, l'état de bigamie « est indépendant de la question de savoir si oui ou non il y a des enfants, « et ce n'est pas la légitimation éventuelle des enfants qui lui donne la « consécration légale, c'est le mariage, sans lequel la légitimation ne peut « pas avoir lieu...

« Nous sommes entrés dans une voie où il faut aller jusqu'au bout, et « c'est en cela qu'il était précieux pour nous que le texte du Sénat fût « promulgué aussitôt, car il engageait notre législation de telle sorte qu'il « y aurait eu un sens *plus d'immoralité* encore à ne pas l'étendre qu'à « l'abroger. Qu'on le veuille ou non, tout cela c'est la conséquence de « l'abrogation de l'art. 298 C. civ... Ou il faut rétablir l'art. 298, ou il « faut aller jusqu'à notre texte... »

Dans la discussion générale, la proposition de loi fut vivement combattue par M. Léonce de Castelnau :

« ... Est-il possible, s'écria-t-il, que l'on veuille, malgré l'institution « légale du mariage, assurer à une véritable polygamie une filiation légi- « time venant s'emmêler à la filiation de la loi, la troubler et la bouleverser « en mettant sur le même pied, au point de vue légal, les enfants de la « femme légitime et ceux de la maîtresse, les enfants nés simultanément « dans des lits différents... Permettez-moi de vous le dire, c'est vérita- « blement monstrueux ! Quelle différence allez-vous faire désormais entre « le mariage légal et l'union libre, dépourvue, elle, de tout frein et de tout « contrôle ? Ils sont l'un et l'autre désormais absolument sur le même « pied. Aux yeux de la loi ils deviennent absolument égaux, puisque les « effets du mariage civil ne sont pas plus sauvegardés et garantis que les « effets des unions libres, vis-à-vis des conséquences ou des effets d'un « accouplement qui s'est formé à côté... »

Quoiqu'il en soit, la loi du 30 décembre 1915, « votée, dit M. Bureau, à

la faveur de la guerre et avec une incroyable légèreté » a autorisé dans trois cas la légitimation : 1° Enfants désavoués par le mari ; 2° Enfants réputés conçus lorsque le domicile des parents était distinct en vertu de l'ordonnance prévue par l'art. 878 C. proc. civ. - 3° « Cas aussi accueillant qu'on pouvait le souhaiter », dit l'auteur précité : enfants nés du commerce adultérin du mari... s'il n'existe pas, au moment du mariage subséquent, d'enfants ou descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu.

L'on comprend que M. Bureau puisse apprécier ainsi notre législation : « ... Nous assistons à un retour offensif des instincts polygamiques qui « sommeillent toujours dans les profondeurs de notre animalité et que « rien n'autorise à considérer comme abolis... » (Op. cit., P. 401).

A ceux qui trouveraient cette appréciation trop sévère, nous conseillons la lecture de certains débats de la Chambre. Au cours de la discussion de la loi sur les pensions (D. 1919, 4, 169), M. Betoulle proposa un amendement tendant à accorder le droit à pension aux enfants naturels même non reconnus, signalant notamment « la situation d'enfants d'hommes de « troupe morts sous les drapeaux et qui ne peuvent pas être visés par la « loi que nous discutons, parce que leur mère vivait en concubinage avec « leur père, lequel était marié à une autre femme... »

M. Abrami, sous-secrétaire d'Etat à la guerre, fit remarquer le danger qu'il y aurait à remanier ainsi nos règles de droit civil : «... Aussi long- « temps que les principes du Code civil en la matière n'auront pas été « modifiés, il n'appartiendra pas à la loi des pensions de dire qu'une femme « encore dans les liens du mariage qui n'a pas été dissous par un jugement « prononçant le divorce, ne peut pas faire reconnaître par un concubin « les enfants qu'elle a eus de lui... » M. Abrami déclarait d'ailleurs que le Gouvernement était disposé à user en faveur des individualités dignes d'intérêt de son pouvoir de donner des secours.

D'autre part, dans sa réponse à M. Betoulle, le rapporteur ajoutait, après avoir souligné le caractère adultérin de la filiation des enfants envisagés, et rappelé que la loi de 1915 devait s'appliquer à de telles hypothèses : « Pouvons-nous, législateurs des pensions, aller au delà des limites « tracées à une date si récente par le législateur de la loi civile ? Nous ne « le pouvons pas. Sinon nous verrions la femme légitime pourvue d'une « pension, ses enfants pourvus d'une majoration et, à côté, un second « groupe de pensions et de majorations pour la compagne et ses enfants...»

L'amendement fut retiré, mais non sans que M. Puech ait pu faire, sans soulever de protestations, ces déclarations significatives :

« ... Votre hypothèse, M. Betoulle, est en dehors des lois existantes ; « elle consacrerait une sorte de droit comme celui qu'on a connu à Rome « sous le nom de concubinage (1) : les enfants avaient une sorte de légi- « timité. *La Chambre pourra parfaitement vous suivre dans cette voie...* Je « ne dis pas que c'est là mon sentiment. C'est à voir, mais la question est « réservée... » (*J. O.* Trav. parlem. 1919, Chambre, P. 400).

(1) Il s'agit, en réalité, du « Concubinat ». Cf. à ce sujet Cuq, Manuel p. 164.

CHAPITRE XI

Le concubinage et la législation de guerre

Notre étude ne serait pas complète si nous ne signalions pas la reconnaissance officielle du concubinage admise par nos lois pendant la guerre. Il n'y a pas de symptôme plus alarmant du développement de l'immoralité dans notre pays, et il importe de rappeler l'événement, ne fût-ce que pour lui dénier énergiquement le caractère de précédent législatif ; il faut au contraire proclamer qu'on ne saurait y voir qu'une mesure plus ou moins justifiable, due en tout cas à des circonstances tragiques et exceptionnelles.

En cette matière, le texte primordial est la circulaire interministérielle du 23 août 1914 relative à l'application de la loi du 5 août 1914. On sait que cette loi attribuait, dans des conditions à déterminer par décret des allocations aux *familles* nécessiteuses dont le soutien serait appelé ou rappelé sous les drapeaux.

L'article 6 de la circulaire précitée est ainsi conçu :

« ... Toutefois, dans des cas exceptionnels, les commissions cantonales « et les commissions d'appel auront à apprécier s'il n'y aurait pas lieu « d'admettre au bénéfice des allocations et majorations une personne « *sans lien de droit* avec le militaire, mais qui prouverait qu'en fait elle « vivait à son foyer et dans des conditions de moralité suffisantes, et qui « pourrait dès lors soit isolément, soit avec des ascendants, collatéraux, « et enfants vivant au même foyer, être considérée comme constituant en « fait, dans l'esprit de la loi, la famille dont le militaire était le soutien « unique ou principal. » (D. 1914, 4, 81).

Il y a bien là une reconnaissance de la « famille de fait » et du concubinage, et reconnaissance légale. Sans doute, elle est contenue dans une simple circulaire interministérielle, mais le législateur en a ratifié tacitement l'interprétation ; au surplus, toute réglementation émanée du pouvoir exécutif en août 1914 avait en quelque sorte la valeur d'un « ukase », et mérite bien qu'on la considère comme une loi au sens matériel du mot.

Quelles que soient les circonstances qui peuvent être invoquées pour justifier la rédaction de l'art. 6, il est difficile de nier que ce texte (où l'on parle de *moralité* en matière de concubinage !) a constitué un encouragement au vice, bien propre à démoraliser les femmes restées honnêtes. L'on n'a même pas tenté d'éviter les abus en procédant à des révisions sérieuses après enquêtes, ce qui eût été possible en raison de la prolongation de la guerre; pourquoi, d'autre part, n'avoir pas subordonné le maintien des allo-

cations à la régularisation des unions des « *personæ solutæ* » ? (Les autres vivaient-elles dans « des conditions de moralité suffisantes ? ».)

Il eût été bon aussi de souligner officiellement le caractère essentiellement transitoire des mesures prises, qui ne pouvaient en aucune façon conférer aux intéressées un « droit acquis ». C'était en effet s'inspirer d'une parfaite logique que de réclamer, en partant du principe posé en matière d'allocations, d'autres avantages pour les fausses épouses. Aussi bien n'a-t-on pas manqué de le faire...

Tout d'abord, à propos de la législation des loyers, les faux ménages ont été reconnus par la loi du 9 mars 1918 (D. 1918, 4, 19). Après avoir édicté dans son art. 19 la suspension des instances et procédures à l'égard des locataires mobilisés, cette loi étend, dans l'article suivant, le bénéfice de ces dispositions « aux personnes, parentes ou non, qui, antérieurement au « 1er août 1914, vivaient habituellement dans les lieux loués avec le « locataire mobilisé et qui justifieront qu'elles étaient à sa charge. »

Cette assimilation ne figurait pas dans le texte soumis en première délibération au vote de la Chambre, mais elle fut admise pour répondre au sentiment que manifesta une partie de l'assemblée de ne pas exclure du bénéfice de l'art. 19 les ménages irréguliers. C'est ainsi que M. Levasseur avait proposé de mentionner parmi les catégories visées au texte toutes les femmes qui ne sont pas mariées *et qui reçoivent l'allocation militaire.* En troisième délibération, le même député et plusieurs de ses collègues déposèrent un amendement tendant à assimiler aux veuves des militaires morts sous les drapeaux leurs « *compagnes* ».

Au nom de la commission, le rapporteur demanda le rejet de l'amendement, faute, dit-il, de pouvoir préciser le terme visé, et il insista sur les résultats choquants qu'entraînerait l'adoption du texte proposé : « ... Il « peut arriver aussi que des personnes, en outre de leur ménage régulier « aient un ménage qui ne l'est pas, inconnu surtout de l'épouse légitime. « Est-ce que deux personnes vont bénéficier de l'exonération de loyer, « immobilisant ainsi des locaux déjà insuffisants dans certaines villes ? « Enfin, supposons un retard, si vous me permettez l'expression, qui entre- « tient plusieurs concubines. Quelle est celle qui va bénéficier de l'avan- « tage que fait la loi ? Est-ce la plus ancienne ? Est-ce celle qu'il préfère ? »

Cependant, au cours de la séance du 20 février 1918, la Commission, d'accord avec le Gouvernement proposa pour donner satisfaction aux auteurs de l'amendement la rédaction actuelle, donnant ainsi un regrettable exemple de volte-face législative. Les déclarations faites par le Garde des Sceaux ne permettent pas d'attacher au nouveau texte un sens différent de celui de l'amendement original, et nous ne croyons pas que la morale soit bien satisfaite par la restriction qu'admit le ministre : « étant bien entendu qu'il entre dans les vues du législateur que seules « pourront bénéficier des dispositions bienveillantes de la loi celles qui, « *par la correction de leur vie* auront prouvé qu'elles en étaient dignes... » Il nous semble bien difficile et bien illogique d'imposer l'observation de règles morales dans de telles circonstances.

L'on peut signaler quelques décisions de jurisprudence qui ont donné — avec raison; croyons-nous — une interprétation restrictive à diverses dispositions de la législation des loyers :

Commission arbitrale Paris (XV^e^), 8 nov. 1918 : la concubine ne peut être assimilée à la femme mariée pour le calcul des majorations servant à fixer le chiffre de loyer maximum jusqu'auquel des exonérations sont accordées par l'art. 15 de la loi du 9 mars 1918. (Gaz. Pal., 28 déc. 1918).

Cassation, Req., 6 janvier 1920 : à l'expiration du délai pendant lequel elle pouvait faire écarter toute instance par l'exception de mobilisation, la concubine doit être considérée comme une occupante sans titre. (Gaz. Pal. 1920, 1, 91).

Cassation, Civ., 19 mai 1920 : la concubine d'un locataire dont le bail était en cours au 1^er^ août 1914 ne peut être qualifiée d' « ayant droit » au sens de l'art. 1^er^ de la loi du 23 octobre 1919 (complétant l'art. 56 de la loi du 9 mars 1918), et par suite ne peut bénéficier de la prorogation pour le bail qui serait le renouvellement du précédent. (Gaz. Pal., 23 juillet 1920).

Postérieurement à la loi des loyers, la même assimilation fut consacrée par la loi du 29 décembre 1918 sur les pécules. Au cours de la discussion, on adopta, en effet, sans opposition l'amendement Pressemane ainsi conçu :

« Dans le cas où des personnes, même étrangères à la famille, seront « jugées s'être comportées à l'égard du défunt *comme une épouse*, un en- « fant ou un ascendant, le Tribunal pourra ordonner, soit qu'elles soient « attributaires directes, soit que le transfert s'accomplisse à leur profit. » (Trav. parlem. 1918. Chambre : P. 3591, Sénat : P. 893).

Enfin, au cours de la discussion de la loi sur les pensions du 31 mars 1919, des amendements furent déposés au Sénat par M. Martin et plusieurs de ses collègues, à la Chambre par MM. Paisant et Doizy en faveur des « compagnes » des soldats décédés. (Voir D. 1919, 4, 190).

Cependant, ces amendements furent repoussés. Pour reproduire l'euphémisme de M. Massé (rapport du 21 juillet 1916), nous dirons que la situation parut trop manquer de *netteté*. « ... La Commission des pensions, dit d'autre part M. Lugol (rapport du 11 décembre 1917), estimant que les « plus larges facilités ont été données aux militaires pour leur permettre « de régulariser par le mariage la situation des femmes auxquelles ils « étaient attachés par les liens d'une longue affection (1), a considéré qu'il « n'y avait pas lieu d'adopter l'amendement. S'il est justifié qu'un homme « *voulant régulariser une situation de ce genre* a été tué avant d'avoir pu « le faire, ce sera le cas pour le Gouvernement d'accorder à sa compagne « un secours qui lui tiendra lieu de la pension que le militaire voulait lui « réserver. »

On ne saurait mieux dire, et il faut se féliciter qu'en cette matière le législateur se soit ressaisi, car l'on ne doit pas oublier le caractère permanent de la loi sur les pensions.

---

(1) La loi du 4 avril 1915, définitivement applicable en temps de guerre, et d'ailleurs assez défectueuse, a organisé, en effet, le mariage par procuration des mobilisés. (Voir Wahl, « Le droit civil et commercial de la guerre ». N° 308, p. 303).

CONCLUSION

L'étude que nous avons entreprise montre la complexité et l'importance des problèmes législatifs soulevés par le concubinage. Il est malheureusement impossible d'affirmer que nos institutions juridiques n'ont pas contribué à en favoriser le développement. « ... *Peu à peu la compagne se* « *substitue à l'épouse*, dit M. Barthélemy (1). Elle *obtient les faveurs du* « *Parlement*. Elle est protégée par l'Administration. N'avons-nous pas « vu imposer aux propriétaires, en faveur de la compagne d'un soldat les « mêmes remises de loyer qui seront exigibles pour les femmes légitimes?»

Comme nous venons de le voir, cette opinion n'est que trop justifiée. L'on pourrait ajouter encore qu'en droit fiscal les concubins sont, à égalité de ressources, privilégiés sur les ménages légitimes, puisque la loi de 1916 impose au mari et à la femme, à moins qu'ils ne soient séparés de corps, de faire une déclaration unique concernant les deux fortunes, et leur fait ainsi sentir les rigueurs du tarif progressif.

Nous avons vu, il est vrai, que le législateur s'était justement préoccupé de l'augmentation du nombre des unions illégitimes, et que pour y parer il s'était attaché à simplifier le mariage ; mais nous avons montré aussi qu'il ne faudrait pas aller trop loin dans cette voie, ou que sinon le remède finirait pas être pire que le mal. D'autre part, nous approuvons pleinement l'élargissement de la légitimation des enfants naturels simples.

Mais à côté de ces tendances dignes d'approbation, que d'autres dangereuses ou même néfastes, signalées en étudiant les droits héréditaires des enfants naturels, la légitimation des enfants adultérins... ! L'on peut relever aussi l'innovation contestable réalisée par la loi de 1907 lorsqu'elle a attribué aux concubins la jouissance légale comme attribut de la puissance paternelle, effectuant ainsi un nouveau rapprochement de leur situation avec celle des parents légitimes.

Il est certain que depuis une trentaine d'années nos lois favorisent les tendances d'une partie de l'opinion, qui poussent simultanément à l'affaiblissement du mariage, au développement du divorce et à la progression du concubinage tendant à l'union libre.

Qu'attendre, d'autre part, de la réforme du 16 novembre 1912 ?

« On a pu espérer, disait M. Wahl en 1913, diminuer par la recherche de « la paternité, les abandons d'enfants, les avortements, les infanticides. « Peut-être effectivement en empêchera-t-on quelques-uns ; il est à craindre qu'on en suscite d'autres. Si la mère ne se laisse plus déterminer « à des faits de ce genre par la crainte des dépenses que lui occasionnera « l'enfant, ne se laissera-t-elle pas influencer dans le même sens par le « père, intéressé désormais à supprimer l'enfant, pour supprimer en même « temps tout danger de recherche de la paternité ?...

(1) Article cité dans notre Introduction.

« On a également exprimé l'espoir que le principe nouveau diminuerait « la débauche et les cas de séduction. Cela est peu vraisemblable. S'est-on « aperçu que la jurisprudence qui allouait des dommages-intérêts aux « filles séduites ait diminué la séduction ? Tout au plus la loi diminuera- « t-elle le nombre des enfants illégitimes par l'emploi de moyens divers « sur lesquels il est inutile d'insister... » (Op. cit. P. 6. et 7).

De tels pronostics sont navrants, et ne sont pas dénuées de fondement, car l'on sait le développement des pratiques abortives et néo-malthusiennes à notre époque de « progrès ». Il est indéniable cependant que l'interdiction posée en 1804 dans l'article 340 conduisait à des conséquences scandaleuses. Nous croyons donc qu'il faut approuver, tout au moins dans son principe, et jusqu'à plus ample informé la réforme réalisée en 1912.

A l'heure actuelle, il est évidemment impossible de se rendre compte de son efficacité tant en raison du nombre relativement restreint d'années écoulées depuis l'innovation qu'à cause des circonstances exceptionnelles créées par la guerre. L'avenir seul nous permettra donc de nous former une opinion décisive à ce sujet. Toutefois, il serait vain, sans doute, d'espérer que l'application de la loi de 1912 constituera un obstacle sérieux à la multiplication des unions illégitimes, si dans l'ensemble notre législation ne s'attache pas à les combattre.

Tout n'est pas à approuver non plus dans les décisions de la jurisprudence. En ce qui concerne les libéralités, il faut bien y relever une certaine incohérence, et pour cette raison l'analyse que nous avons faite des principes directeurs de nos tribunaux ne laisse pas de présenter un caractère un peu artificiel. Ce qui est certain, c'est que dans un assez grand nombre de cas, les concubins sont traités avec faveur. Or, sur ce point, nous partageons l'opinion émise autrefois par M. Planiol :

« Quand deux personnes qui vivent ensemble sans être mariées se font « l'une à l'autre une donation, je persiste à croire que cette donation a « pour cause le concubinage, car, sans lui elle ne se serait point faite. Si « le concubinage est illicite, la donation l'est également, elle le sera tou- « jours. » (Rev. crit. 1888, P. 705, cité par Duruflé, P. 68).

En étudiant la réparation du préjudice causé par le concubinage, nous avons signalé aussi dans quelques décisions des tendances dangereuses, dont les résultats seraient sans doute néfastes, si elles se généralisaient.

« ... Nous croyons, dit M. Leroy, à la fin de son étude, que la juris- « prudence nous pousse vers un état juridique mixte entre le mariage et « l'union libre et pour y arriver, elle fait produire des effets au concubinage « afin d'empêcher les individus malhonnêtes d'abuser de la situation puis- « sante qu'ils ont vis-à-vis de la femme. De plus, le mariage a une tendance « à devenir plus accessible, plus libre, pour qu'on puisse plus facilement « s'y réfugier. On tend, nous semble-t-il à une forme intermédiaire entre « le mariage dans le Code et le concubinage sans aucun effet. Et là nous « paraît la bonne solution... » (P. 210).

Le même auteur ajoute plus loin : « ... En un mot, élargir le mariage, « le rendre plus accessible, supprimer les formalités, coûteuses et ennuyeu-

« ses, simplifier le divorce afin de n'avoir pas de raison pour se détourner « de l'union légitime, mais d'autre part, faire produire des effets rigou- « reux au concubinage pour qu'on n'ait plus d'intérêt à s'y réfugier... »

Il nous semble qu'il y a là bien des illusions, dont certaines ont dès maintenant cruellement démenties par les faits : nous voulons parler du divorce, dont chacun sait qu'en fait les conditions ne sauraient être plus faciles ; l'on ne s'est pourtant pas aperçu que son inquiétante multiplication soit compensée par la moindre tendance à la diminution du nombre des concubinages.

Il faut le proclamer : tout se tient en matière de discipline des mœurs : le relâchement sur un point entraîne le relâchement sur d'autres.

D'autre part, si l'on doit chercher à faire produire des effets juridiques au concubinage, il ne faut le faire, toutefois, qu'au profit de ceux qui en sont véritablement les *victimes*, sans jamais oublier qu'il constitue une situation illicite et immorale, qui n'est pas susceptible de recevoir une reconnaissance légale, si ce n'est à titre délictuel.

Il est donc désirable que le législateur consente à envisager dans toute leur ampleur les difficiles questions que soulèvent les unions illégitimes ; l'on verrait peut être cesser alors l'incohérence qui caractérise actuellement notre système législatif en la matière, puisque dans une de ses parties on lui donne pour objet de prévenir ou de réprimer le concubinage, tandis que les autres lois y poussent bon nombre de nos concitoyens.

Nous souhaitons que ceux qui font la loi, comme ceux qui l'appliquent, cherchent dans toutes les occasions à sauvegarder et consolider le mariage et la famille légitime. Tout ce qui tend à l'affaiblir ou simplement à la désavantager nous mène à la décadence.

Si dans les dernières années, nous avons proclamé : « *Salus patriæ suprema lex* », il nous faut modifier un peu cette formule célèbre, qui reste toujours vraie en paix comme en guerre. Nous la transposerons ainsi comme guide et comme symbole de la restauration morale que nous devons accomplir dans l'ordre législatif aussi bien que dans tous les modes d'activité de notre vie sociale :

Salus familiæ suprema lex.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction	5
I. — La simplification du mariage	15
II. — Disparition des causes d'incapacité attachées aux seconds mariages	26
III. — Les libéralités entre concubins	28
IV. — Réparation du préjudice causé par le concubinage	34
V. — Le concubinage considéré comme base à la recherchede la filiation naturelle	39
VI. — Limitation des droits de l'enfant naturel	46
VII. — La parenté ou l'alliance naturelle considérées en tant qu'empêchements au mariage	49
VIII. — Le mandat tacite entre concubins	51
IX. — La légitimation des enfants naturels	54
X. — La légitimation des enfants adultérins et le concubinage adultérin	56
XI. — Le concubinage et la législation de guerre	62
Conclusion	65

Vu : Nancy, 21 Mars 1921
Le Président de la Thèse et Doyen de la Faculté,
F. GÉNY

Vu et permis d'imprimer ;
Nancy, le 21 Mars 1921
Le Recteur de l'Académie,
CH. ADAM
Membre de l'Institut.

BESANÇON - IMPRIMERIE BISONTINE